D. JUSTINIANI INSTITUTIONUM

LIBRI IV.

PROUT AD FIDEM MSS. ALIORUMQUE CRITICES SUBSIDIORUM

A

SCHRADERO, CLOSSIO, TAFELLIO, ET MAYER

PROFESSORIBUS TUBIGENSIBUS

BEROLINI

FUERUNT EDITI,

HISPANIS TYPIS NUNC DENUO MANDATI.

CURSO HISTORICO-EXEGETICO

DEL DERECHO ROMANO

COMPARADO CON EL ESPAÑOL,

por D. Pedro Gomez de la Serna.

CUARTA EDICION.

TOMO SEGUNDO.

MADRID.—1869.

Se hallará en la Librería de SANCHEZ, calle de Carretas, núm. 21.

MADRID.—1869.

Imprenta de A. Peñuelas, calle de Calatrava, núm. 8.

LIBER TERTIUS.

TITULUS I.

De hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur.

LIBRO TERCERO.

TÍTULO I.

De las herencias ab intestato.

Interrumpió el Emperador Justiniano los modos universales de adquirir para hablar de los legados y de los fideicomisos, que son una parte integrante de las últimas voluntades. Anudando ahora la tarea que dejó suspendida, pasa á tratar de las sucesiones *ab intestatô*, esto es, de las que, en defecto de voluntad expresa del finado, se defieren por la ley á las personas que, unidas mas estrechamente con él, habrian sido probablemente las llamadas á sucederle, si hubiera manifestado su intencion.

Práctica antigua ha sido en las Universidades literarias de España la de omitir los doce primeros títulos de este Libro, ó hacer solamente una ligera explicacion de lo que contienen. Esto dimanaba, ya de que su interés es casi puramente histórico, ya de que lo mas útil que encierran bajo el punto de vista práctico ha sido objeto de anteriores explicaciones, ya por último, de que la novela 118, base de nuestro actual derecho de sucesion intestada, y aun del de toda Europa, cambió absolutamente las condiciones antiguas de este modo de suceder, introduciendo un método menos conforme sin duda con la historia, pero mas filosófico y que satisface mejor á los fines que el legislador debe proponerse. El método que he adoptado no consiente la omision absoluta de los primeros títulos de este Libro, muy recomendables bajo el aspecto histórico; pero tomando un término medio, me limitaré en los comentarios á hacer las indicaciones mas necesarias para facilitar la inteligencia de los textos.

Intestatus decedit, qui *aut omninò testamentum non fecit*, aut *non jure fecit*, aut id, quod fecerat, *ruptum irritumve* factum est, aut *nemo* ex eò *hæres extitit*.

Muere intestado el que no ha hecho absolutamente testamento, ó no lo hizo con arreglo al derecho, ó cuando el que otorgó se ha roto ó ha venido á ser inútil, ó no ha producido efecto por falta de adicion de la herencia.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Aut omninò testamentum non fecit.—El que no hace testamento es intestado de hecho, como dice Teófilo en su *Paráfrasis*, para distinguirlo de los demás que, habiendo hecho testamento, se consideran como intestados por no producir efecto su última voluntad.

Non jure fecit.—El que hace testamento sin observar las solemnidades internas y externas establecidas por las leyes, muere intestado de derecho: en este caso se halla, por ejemplo, el que no instituye ó deshereda á los hijos bajo la forma que en su lugar se ha expuesto; como tambien el que no emplea el número de testigos y los demás requisitos prevenidos para la subsistencia del testamento.

Ruptum irritumve.—Alude la palabra *ruptum* á los testamentos que, siendo válidos en su orígen, se rompian, ó por la agnacion de un póstumo, ó por la cancelacion que de ellos hacian los testadores, como no fuera por la formacion de un nuevo testamento, porque en este caso habia lugar á la sucesion testamentaria y no á la legítima. La capitis-diminucion hacia inútil, *irritum*, el testamento anterior á ella: la reintegracion no la revalidaba, á lo menos con arreglo á los principios del derecho civil, si bien el pretor daba la *bonorum posesion secundum tabulas* (1). Al testamento roto ó inútil puede equipararse el inoficioso, por cuya rescision el padre de familia moria intestado (2).

Nemo hæres extitit.—Ya se ha visto anteriormente que cuando el heredero instituido no queria adir la herencia, el testamento perdia toda su fuerza, resultando desierto ó destituido: á esto era consiguiente que el que lo otorgó quedase intestado.

1 Intestatorum autem hæreditates, ex lege duodecim tabularum, *primùm* ad suos hæredes pertinent.

Las herencias de los intestados corresponden en primer lugar, con arreglo á la ley de las Doce Tablas, á los herederos *suyos*. 1

(1) § 6, tít. XVII, lib. II de estas Inst.
(2) §. 1, tít. II, lib. V del Dig.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 1, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Primùm.—Al tratar de la familia romana en el título octavo del Libro primero, advertí que en sus principales acepciones comprendia, ya á los descendientes que estaban sometidos al poder del gefe de la familia, ya á aquellos que, por haberse encontrado bajo la potestad del mismo padre, ó porque lo hubieran estado á no ocurrir el fallecimiento de este, se hallaban unidos con el vínculo civil de la agnacion. Esta consideracion de la familia es la base adoptada por las leyes de las Doce Tablas al hacer los llamamientos para la sucesion intestada.

2 Sui autem hæredes existimantur, ut et suprà diximus, qui in potestate morientis fuerunt: veluti filius filiave, nepos neptisve ex filiô, pronepos proneptisve ex nepote, ex filiô natô, prognatus prognatave. Nec interest, utrùm naturales sint liberi, an adoptivi (*a*). Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidèm matrimoniis non sùnt progeniti, curiis tamen civitatum dati secundùm divalium constitutionum, quæ super his positæ sunt, tenorem, suorum jura nasciscuntur (*b*). Nec non eos, quos nostræ amplexæ sunt constitutiones, per quas jussimus, si quis mulierem in suô contuberniô copulaverit, non ab initiô affectione maritali, eam tamen, cum quâ poterat habere conjugium, et ex eâ liberos sustulerit, posteà verò, affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum eâ fecerit, filiosque vel filias habuerit: non solùm eos liberos, qui post dotem editi sunt, justos et in potestate esse patribus, sed etiam anteriores, qui et his, qui posteà nati sunt, occasionem legitimi nominis præ-

Son herederos *suyos*, como hemos dicho ya, los que estuvieron en potestad del difunto al tiempo de su muerte, como el hijo ó la hija, el nieto ó la nieta hijos de hijo, el biznieto ó la biznieta hijos de nieto que sea tambien hijo de hijo. Indiferente es que sean descendientes naturales ó adoptivos (*a*). Entre los herederos *suyos* deben contarse igualmente los que, no habiendo nacido de matrimonio legítimo, son legitimados por oblacion á la curia, con arreglo á las constituciones imperiales (*b*). Esto es extensivo á aquellos á que se refieren nuestras constituciones, en que mandamos que si alguno hubiere vivido con una mujer sin intencion en un principio de casarse, pero con la que hubiera podido hacerlo, y tuviere hijos de ella, y despues queriendo contraer matrimonio otorgare las escrituras nupciales, y posteriormente tuviere hijos ó hijas, no solo serán legítimos y estarán en potestad del padre los hijos habidos despues de la constitucion de la dote, sino tambien los anteriores, que dieron á los otros ocasion de na- 2

stiterunt; quod obtinere censuimus, etiam si non progeniti fuerint, post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce subtracti fuerint (*c*). Ità demùn tamen nepos neptisve, et pronepos proneptisve, suorum hæredum numerò sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive aliâ ratione, veluti emancipatione: nam si per id tempus, quô quis moriatur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eô suus hæres esse non potest. Idque et in ceteris deincèps liberorum personis dictum intelligimus (*d*). Posthumi quoquè, qui, si vivô parente nati essent, in potestate futuri forent, sui hæredes sunt.

cer legitimos. Determinamos tambien que esto se observará aun cuando no naciere ningun hijo despues del otorgamiento de la carta dotal, ó los nacidos en el matrimonio hubieran dejado de vivir (*c*). Mas en tanto el nieto ó la nieta, el biznieto ó la biznieta son contados entre los herederos *suyos*, en cuanto la persona que les precede, haya dejado de estar en potestad del ascendiente, bien sea por muerte ó por otro motivo, por ejemplo, la emancipacion; porque si al tiempo en que el gefe de la familia muere, tiene al hijo en su potestad, el nieto hijo de este no puede ser heredero suyo, lo cual es aplicable á los demás descendientes (*d*). Los póstumos, que á haber nacido en vida del ascendiente estarian en su potestad, son herederos *suyos*.

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 2, Com. III de sus Inst.)

(*b*) Conforme con una constitucion de Teodosio y Valentiniano. (Ley 3, tít. XXVII lib. V del Cód.)

(*c*) Conforme con dos constituciones de Justiniano, que son las leyes 11 y 12, tít. XXVII, lib. V del Cód.

(*d*) Copiado de Cayo. (§. 3, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Todas las doctrinas de este título quedan ya suficientemente explicadas al tratar de los herederos *suyos* y de las legitimaciones.

3 Sui autem, etiam ignorantes, fiunt hæredes, et, licèt furiosi sint, hæredes possunt existere: quia, quibus ex causis ignorantibus acquiritur nobis, ex his causis et furiosis acquiri potest. Et statim morte parentis quasi continuatur dominium: et ideò nec tutoris auctoritate opus est in pupillis, cum etiam ignorantibus acquiritur suis hæredibus hæreditas, nec curatoris cen-

Los *herederos suyos* adquieren la herencia aun sin saberlo, y lo que es mas, aunque esten privados de la razon, porque todas las causas en virtud de las que ignorándolo podemos adquirir, sirven tambien para que adquieran los furiosos. Inmediatamente que muere el ascendiente, hay en cierto modo una continuacion de dominio en sus descendientes, y por lo tanto ni los pu- 3

sensu acquiritur furioso, sed ipsò jure.

pilos necesitan la autoridad de su tutor, ni los furiosos el consentimiento de su curador, pues los herederos *suyos*, aunque no sepan que lo son, adquieren la herencia por ministerio de la ley.

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§§ 5 y 6, tít. VIII, lib. IV de sus Sentencias.)

Comentario.

Los herederos suyos adquieren del mismo modo la herencia legítima que la testamentaria; por lo tanto es aplicable á este lugar lo que al hablar de las últimas voluntades queda expuesto acerca de ellos.

4 Interdùm autem, licet in potes-
tate mortis tempore suus hæres non
fuit, tamen suus hæres parenti effi-
citur, veluti *si ab hostibus* quis *re-*
versus fuerit post mortem patris: jus
5 enim postliminii hoc facit (*a*). Per
contrarium evenit, ut, licet quis
in familiâ defuncti sit mortis tem-
pore, tamen suus hæres non fiat,
veluti si *post mortem* suam *pater*
judicatus fuerit reus perduellionis,
ac per hoc memoria ejus damna-
ta fuerit: suum enim hæredem ha-
bere non potest, cum fiscus ei
succedit. Sed potest dici, ipsô ju-
re esse suum hæredem, sed desine-
6 re (*b*). Cum filius filiave, et *ex*
alterô filiò nepos neptisve extant,
paritèr ad hæreditatem vocantur,
nec, qui gradu proximior est, ul-
teriorem excludit: æquum enim
esse videtur, nepotes neptesve in
patris sui locum succedere. Pari
ratione et, si nepos neptisve sit
ex filiô, et ex nepote pronepos
proneptisve, simul vocantur. Et
quia placuit, nepotes neptesve,
itèm pronepotes proneptesve in pa-
rentis sui locum succedere: con-
veniens esse vissum est, *non in*
capita, *sed in stirpes hæreditatem*

A veces el descendiente, aunque 4
al tiempo de la muerte no se halle
en potestad del ascendiente, es, sin
embargo, con respecto á él heredero
suyo; por ejemplo, si despues de la
muerte del padre volviere del cau-
tiverio que sufrió en poder del ene-
migo; esto es consecuencia del dere-
cho de postliminio (*a*). Sucede, por 5
el contrario, que el que se hallaba
en la familia del difunto á la muerte
de este, no sea sin embargo heredero
suyo: así aconteceria si el padre fue-
ra juzgado despues de sus dias como
reo de traicion y condenada su me-
moria, porque no puede tener here-
dero *suyo* aquel á quien el fisco su-
cede: mas aun entonces puede decirse
que por ministerio de la ley habia
un heredero *suyo* que dejó de ser-
lo (*b*). Cuando hay un hijo ó una hija 6
con un nieto ó una nieta hijos de
otro hijo, son llamados juntamente
á la herencia, y el mas próximo en
grado no excluye al mas remoto, por-
que la equidad dicta que los nietos y
nietas sucedan en lugar de su padre.
Por la misma razon si hay un nieto ó
una nieta, y un biznieto ó una biz-
nieta hijos de nieto, son llamados
juntamente á la herencia. Estable-

dividi, ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, ét ex alterô filiô duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Itèm si ex duobus filiis nepotes extant, ex alterô unus fortê aut duo, ex alterô tres aut quatuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertinet, ad tres aut ad quatuor altera dimidia (*c*).

cido el principio de que los nietos y nietas y los biznietos y biznietas ocupen el lugar de su ascendiente, ha parecido conveniente que la herencia no se divida por cabezas, sino por estirpes, de modo que un hijo tenga la mitad y dos ó mas nietos de otro hijo la otra mitad. Del mismo modo si hubiere nietos ó nietas de dos hijos, del uno de estos uno ó dos y del otro tres ó cuatro, la mitad en la herencia corresponderá al uno ó dos, y la otra mitad á los tres ó cuatro (*c*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo (§. 7 y 24, tít. VIII, lib. IV de sus sentencias.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 3. ley 1, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§§. 7 y 8, Com. III de sus Inst.

Comentario.

Si ab hostibus reversus.—Al hablar en el Libro primero de la patria potestad, se expusieron los efectos que el derecho de postliminio producia cuando recobraba de hecho la libertad el que gemia en el cautiverio que le hacia sufrir el enemigo. El prisionero que volvia en virtud de la ficcion de la ley Cornelia, se hallaba en el mismo caso que si nunca hubiera sido cautivo: la patria potestad que solo habia estado suspensa, no se consideraba interrumpida de derecho, y por lo tanto el prisionero conservaba todos sus derechos como hijo de familia; en una palabra, se suponia que siempre habia permanecido en la ciudad.

Post mortem pater judicatus.—El delito de alta traicion contra el Estado ó contra el príncipe (1) no solo excitó un particular rigor, sino que frecuentemente dió lugar á que se desplegara la crueldad y la tirania de los Emperadores. En odio á él se introdujo que pudiera ser perseguido aun despues de la muerte del culpable; que ya que á este no alcanzara la pena, fuera por lo menos condenada su memoria, y que se diese efecto retroactivo á la sentencia, refiriéndola á la misma época en que el delito se habia cometido (2). En virtud de esta odiosa ficcion se retrotraia tambien el tiempo suponiéndose que se habia perdido la potestad paterna desde la perpetra-

(1) Ley 11, tít. IV, lib. XLVIII del Dig.
(2) Ley 15; y § 4 de la ley 31, tít. V, lib. XXXIX del Dig.

cion del delito; y los hijos considerados como *sui juris* en virtud de la *capitis-diminucion* del padre no podian ser herederos *suyos* respecto al que no tenia patria potestad, ni dejaba herencia ni herederos, porque sus bienes pertenecian al fisco.

Ex alterô filiô nepos neptisve.—Debe observarse en este texto, como en algunos de los que anteceden, que siempre se habla de descendientes de varon, porque los descendientes por línea femenina no son herederos *suyos*, puesto que están respectivamente en potestad de sus ascendientes paternos.

Paritèr.—No se quiere dar á entender igualdad de partes, sino solamente que son admitidos los nietos á la sucesion, del modo que se explica en las palabras siguientes del texto.

Non in capita, sed in stirpes hæreditatem dividi.—La particion de una sucesion legítima puede hacerse, ó por indivíduos, *in capita*, ó por estirpes, *in stirpes*. Se sucede *in capita* cuando se divide la herencia en tantas partes cuantas son los indivíduos llamados á ella: se sucede *in stirpes*, cuando la herencia se divide, no en consideracion á cada uno de los herederos, sino á cada una de las ramas que salen del tronco comun, de modo que todos los que pertenecen á una misma rama lleven una sola parte; asi es que la palabra *capita*, se refiere á las personas ó indivíduos que son de una ó diferentes estirpes, y la de *stirpes* á los orígenes de las generaciones: por lo tanto el padre es estirpe de los hijos, el hijo estirpe de los nietos, el nieto estirpe de los biznietos. De los herederos que suceden *in stirpes*, se dice con propiedad que vienen por derecho de representacion. La sucesion *in capita* en el caso del texto, tenia lugar siempre que existian solamente herederos *suyos* de primer grado: la particion por estirpes se verificaba cuando alguno de estos herederos *suyos* de primer grado habia muerto antes de la sucesion intestada dejando descendientes, en cuyo caso estos concurrian á la herencia, pero solo tomando la parte que corresponderia á su respectivo ascendiente si no hubiera fallecido. La particion por estirpes era extensiva tambien al caso en que por haber fallecido todos los que ocupaban el lugar de hijos, solo concurrieran los nietos: este modo de suceder se funda en que la misma parte habria correspondido á cada una de las ramas, si las personas de que traen su orígen hubieran acudido á la sucesion.

7 Cum autem quæritur, an quis suus hæres existere potest: *eô tempore quærendum est*, quô certum est, aliquem sine testamentô decessisse, quod accidit et destitutô testamentô (*a*). Hâc ratione, *si filius exhæderatus fuerit*, et ex-

Para saber quién puede ser heredero *suyo*, es menester referirse á la época en que hay certeza de que alguno ha muerto sin testamento, lo que comprende el caso en que el testamento haya sido destituido (*a*). Por lo tanto, si el hijo 7

traneus hæres institutus, et, *filiô mortuô posteà*, certum fuerit; hæredem institutum ex testamentô non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut *quia non potuit*, nepos avo suus hæres existet: quia quô tempore certum est, intestatum decessisse patrem familias, *solus invenitur nepos*. Et hoc certum est.
8 Et licèt post mortem aví natus sit, *tamen avô vivô conceptus*, mortuô patre ejus, posteàque desertô avi testamentô, suus hæres efficitur (*b*) Planè, si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuô patre suô, desertôque posteà avi testamentô. *suus hæres avo non existit*, quia nullô jure cognationis patrem sui patris tetigit. Sic *nec ille est inter liberos avo*, quem filius emancipatus adoptaverat. Hi autem, cum non sunt, *quantùm ad hæreditatem* liberi, *neque bonorum possessionem petere* possunt quasi próximi cognati (*c*). — Hæc de suis hærédibus.

fuere desheredado é instituido un estraño, y, muerto el hijo despues, apareciere que el instituido no era heredero en virtud del testamento, sea porque no aceptase la herencia ó por imposibilidad, el nieto será heredero *suyo* del abuelo, porque cuando se supo que el padre de familia habia muerto intestado, solo él podia serlo: esto es indudable. Y aunque el nieto haya nacido despues de la muerte del abuelo, con tal que fuere concebido durante su vida, se hace heredero *suyo* por la muerte de su padre y por haber quedado desierto el testamento del abuelo (*b*). Mas si hubiere sido concebido y naciere despues del fallecimiento del abuelo, la muerte del padre y la desercion posterior del testamento no lo hacen heredero *suyo*, porque no está unido al padre de su padre con ningun vínculo de derecho. Así no se cuenta tampoco entre los descendientes del abuelo el que hubiere sido adoptado por el hijo emancipado. Como estos no son descendientes por lo que respecta á la herencia, no pueden pedir la *bonorum posesion* en concepto de próximos cognados (*c*).—Esto por lo relativo á los herederos *suyos*. 8

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§ 11, tit. VIII, lib. IV de sus Sentencias.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§ 8, ley 1, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)
(*c*) Conforme con Juliano. (Ley 6, tit. XVI, lib. XXXVIII, y ley 26, tit. VII lib. I del Dig.)

Comentario.

Eô tempore quærendum est.—Trátase aquí de inquirir si se debe atender al tiempo de la muerte del testador ó al de deferirse la herencia *ab intestatô*, para reputar á uno como heredero *suyo*. Esta cuestion no puede tener lugar cuando la persona á quien se sucede no hizo testamento, ó cuando no lo otorgó con arreglo á derecho, ó cuando la última voluntad quedó viciada por cualquiera circunstancia en vida del testador, porque en estos casos el tiempo de la muerte y

el de deferirse la sucesion son uno mismo; sino cuando el testamento que era válido deja de tener efecto despues de la muerte del testador por la circunstancia de no haber querido el heredero inscrito adir la herencia. En efecto, la ley no da á ninguno la sucesion *ab intestatô*, mientras puede haber un heredero testamentario, y á veces acontecerá que cuando se defiera la sucesion intestada, sea heredero *suyo* el que no lo era al tiempo de la muerte de aquel de cuya herencia se trata.

Si filius exhæredatus fuerit.—Se habla del caso de la desheredacion, porque, como queda dicho en su correspondiente lugar, para que valga el testamento en que no se instituye al hijo, es menester que este sea desheredado expresamente.

Filiô mortuô posteà.—La aplicacion de la doctrina del texto implica necesariamente que el hijo haya muerto en el intermedio, porque si antes quedase desierto el testamento, el mismo hijo seria heredero suyo.

Quia non potuit.—Por ejemplo, por haber muerto el instituido antes de adir la herencia, ó por no haberse cumplido la condicion que le fué impuesta.

Solus invenitur nepos.—El nieto por la muerte del padre, en el caso del texto, entra á ocupar el primer lugar en la familia. Mas debe tenerse presente que al efecto se requiere tambien que haya sido concebido antes de la muerte del abuelo, porque si bien por la época del fallecimiento no resulta determinado personalmente el heredero, al menos quedan designadas las personas entre las cuales existe.

Tamen avô vivô conceptus.—Los concebidos, cuando se trata de su interés, se reputan como nacidos, segun se ha dicho repetidas veces.

Suus hæres avo non existit.—No puede haber intérvalo entre la existencia de aquel de cuya sucesion se trata y la del que le sucede, porque en este último se continúa la persona jurídica del primero.

Nec ille est inter liberos avo.—La adopcion no hace subir el parentesco fingido mas allá del padre adoptivo.

Quantùm ad hæreditatem.—Con razon templa aqui el Emperador las palabras de que antes usó con relacion al nieto que habia sido concebido despues de la muerte del abuelo, *nullô jure cognationis patrem sui patris tetigit*, porque en otras muchas cosas, como sucede en las prohibiciones de matrimonio y en el derecho de patronato, los nietos que son concebidos despues de la muerte del abuelo se reputan descendientes.

Neque bonorum possessionem petere.—Las mismas consideraciones que el derecho civil tomó en cuenta para no reputar como agnados á los descendientes de que se trata, movieron al pretor á no darles como cognados la *bonorum posesion*.

9 *Emancipati* autem *liberi jure civili nihil juris habent*; neque enim sui hæredes sunt, quia in potestate esse desierunt parentis, *neque aliò ullò jure* per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor, *naturali equitate motus*, dat eis bonorum possessionem UNDE LIBERI, perinde ac si in potestate parentis mortis tempore fuissent; sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant (*a*). Itaque duobus liberis extantibus, emancipatô et qui mortis tempore in potestate fuerit: sanè quidèm is, qui in potestate fuerit, solus jure civili hæres est; id est, solus suus hæres est; sed cum emancipatus beneficiô prætoris *in partem admittitur*, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat (*b*).

Los descendientes emancipados no tienen, con arreglo al derecho civil, derecho alguno á la sucesion de su padre natural, puesto que ni son herederos *suyos*, porque dejaron de estar en su potestad, ni están llamados en la ley de las doce tablas á la sucesion por ningun otro título. Mas el pretor, movido por razones de equidad, les da la *bonorum posesion* UNDE LIBERI, como si hubieran estado bajo la potestad del padre al tiempo de su muerte; bien sean solos ó bien concurran con herederos *suyos* (*a*). Asi, quedando dos descendientes, emancipado el uno, y el otro retenido en potestad al tiempo de la muerte, solamente el que está en potestad es heredero con arreglo al derecho civil, esto es, heredero *suyo*. Pero como el emancipado es admitido á parte de la herencia por beneficio del pretor, resulta que el heredero *suyo* no es heredero mas que en una parte *b*). 9

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§ 19 y 26, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 9, ley 1. tít. VI, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Emancipati liberi.—La doctrina de este texto no solo es aplicable á los hijos emancipados, sino tambien á sus descendientes, y por consiguiente á los que tenian el hijo despues de la emancipacion, á los que, habiendo nacido antes de ella y permanecido por lo tanto en poder del abuelo, no habian entrado en el del padre, y en fin, siempre que los descendientes se encontraban por cualquiera circunstancia fuera del poder de sus ascendientes (1). Lo mismo sucederia si la patria potestad se hubiera disuelto ó bien por la deportacion, ó bien por la servidumbre de la pena, y obtuviera restitucion el condenado (2), aunque no por esto quedaria restablecido el poder paterno.

(1) §. inicial, leyes 3 y 6, tít. IV, lib. XXXVII del Dig.
(2) §. 9, leyes 1 y 2, tít. IV, lib. XXXVII del Dig.

Jure civili nihil juris habent.—Los hijos emancipados sufrian una capitis-diminucion, por la que perdian el derecho de agnacion respecto de la familia á que pertenecian, y estaban por lo tanto excluidos de la sucesion con arreglo á la ley de las Doce Tablas, puesto que ni eran herederos *suyos* ni agnados.

Neque aliô ullô jure.—Por las leyes de las Doce Tablas solo eran llamados ó suceder los herederos *suyos* y los agnados: los emancipados no estaban comprendidos en ninguna de estas clases.

Naturali æquitate motus.—Aunque se haya disuelto el vínculo civil, los de la naturaleza y de la sangre quedan subsistentes.

In partem admittitur.—Esto es, la parte que hubiera pertenecido al mismo emancipado si permaneciera en potestad, que es la mitad en el ejemplo que pone el texto.

10 *At hi*, qui emancipati *à parente in adoptionem* se dederunt, *non admittuntur ad bona naturalis patris*, quasi liberi, si modò, cum is moriretur, in adoptivâ familiâ sint (*a*). Nam *vivô eô emancipati* ab adoptivô patre, perindè *admittuntur* ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipsô essent, nec unquàm in adoptivâ familiâ fuissent; et convenientèr, quod ad adoptivum patrem pertinet, *extraneorum locô* esse incipiunt (*b*). Post mortem verò naturalis patris emancipati ab adoptivô, et quantùm ad hunc, æque extraneorum locô fiunt, et quantùm ad naturalis parentis bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur (*c*): quod ideò sic placuit, quia *iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi*, ad quos bona naturalis patris pertinerent, utrùm ad
11 liberos ejus, an ad agnatos. *Minus ergo juris habent* adoptivi quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficiô prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdunt; adoptivi verò emancipati et jure civili perdunt gradum liberorum, et à prætore non adjuvantur (*d*). Et rectè: naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest[1]; nec, quia desinunt sui hære-

Mas aquellos que, despues de haber sido emancipados por su ascendiente, se dieron á otro en arrogacion, no son admitidos como descendientes á los bienes de su padre natural, si al tiempo de la muerte de este permanecen aun en la familia adoptiva (*a*) Si por el contrario, viviendo el padre natural hubieren sido emancipados por el adoptivo, son admitidos á los bienes de aquel, como si emancipados por él mismo no hubieran estado jamás en una familia adoptiva; y por lo que hace al padre adoptivo empiezan á ser reputados como estraños (*b*). Si despues de la muerte del padre natural fueren emancipados por el adoptivo, se reputarán como estraños con relacion á este, sin adquirir el carácter de descendientes por lo que hace á los bienes del ascendiente natural (*c*): fúndase esto en que seria injusto que el padre adoptivo pudiese á su albedrío determinar á quién habian de pertenecer los bienes del padre natural, si á sus descendientes, ó á los agnados. Los descen- 11
dientes adoptivos tienen por lo tanto menos derechos que los naturales; porque estos, aunque emancipados, retienen por beneficio del pretor el grado de descendientes que perdie-

des esse, desinere possunt filii filiæve, aut nepotes neptesve esse: adoptivi verò emancipati extraneorum locó incipiunt esse, quia jus nomenque filii filiæve quod per adoptionem consecuti sunt, aliâ civili ratione, id est emancipatione,
12 perdunt (e). Eadem hæc observantur et in eâ honorum possessione, quam *contra tabulas* testamenti parentis liberis præteritis, id est neque hæredibus institutis, *neque ut oportet exhæredatis*, prætor pollicetur. Nam *eos quidèm, qui in potestate* parentis mortis tempore fuerunt, et emancipatos vocat prætor ad eam honorum possessionem; eos verò, qui in adoptivâ familiâ fuerunt per hoc tempus, quô naturalis parens moriretur, repellit (f). Itèm adoptivos liberos emancipatos ab adoptivô patre, sicut ab intestatô, ità *longè minùs* contra tabulas testamenti ad bona ejus admittit, quia desinunt in liberorum numerô esse (g).

ron por el derecho civil; pero los adoptivos emancipados pierden por el derecho civil su grado de descendientes y no son auxiliados por el pretor (d). Y con razon, porque el derecho civil no puede destruir los vínculos naturales, y los descendientes, aunque dejen de ser herederos *suyos*, no pueden dejar de ser hijos ó hijas, nietos ó nietas; mas los hijos adoptivos emancipados son reputados como estraños, porque pierden por la emancipacion, que es una institucion civil, el derecho y el nombre de hijo ó de hija que habian conseguido por la adopcion (e). 12
Lo que acabamos de decir es aplicable á la *bonorum posesion*, que el pretor promete contra las tablas del testamento del ascediente á los descendientes que han sido omitidos, esto es, á los que no han sido ni instituidos ni, cual corresponde desheredados. En efecto, el pretor llama á esta *bonorum posesion* á los descendientes sujetos á la potestad del ascendiente en el dia de su muerte y á los emancipados; mas rechaza á aquellos que al fallecer el ascendiente natural estaban en la familia adoptiva (f). Y mucho menos que á la sucesion *ab intestató* admite á la *bonorum posesion contra tabulas* á los descendientes adoptivos emancipados por el adoptante respecto á los bienes de este, porque dejaron de estar en el número de sus descendientes (g).

ORÍGENES.

(a) Conforme con Ulpiano. (§§ 3 y 8, tít. XXVIII de sus Reglas.)
(b) Conforme con Paulo. Ley 4, tít. VI, lib. XXXVIII del Dig.)
(c) Conforme con Paulo. (§. 4, ley 6, tít. IV, lib. XXXVII del Dig.)
(d) Conforme con Ulpiano. (§. 3, tít. XXVIII de sus Reglas.)
(e) Conforme con Cayo. (§. 150, Com. I de sus Inst.)
(f) Conforme con Paulo.(§. 4, ley 6, tít. IV, lib. XXXVIII del Dig.)
(g) Conforme con Ulpiano. (§. 6 ley 1, tít. IV, lib. XXXVII del Dig.)

Comentario.

At hi.—En el párrafo anterior se estableció como principio general que los hijos emancipados eran llamados por el pretor á la *bonorum posesion*; y en el presente se hace una escepcion respecto á los que hallándose en este caso, entraron por la adopcion en una familia agena.

A parente.—Se sobreentiende que habla el Emperador de los ascendientes naturales y legítimos.

In adoptionem.—En el caso de que trata el texto, solo puede aludirse á la arrogacion, que era la especie de adopcion aplicable á las personas *sui juris.* Mas la doctrina del texto parece que debe ser tambien estensiva á aquellos que fueron dados en adopcion por el padre natural.

Non admittuntur ad bona naturalis patris.—Fúndase esto en que el hijo adoptivo tiene la esperanza de otra sucesion, la de su padre adoptivo, en cuya familia le corresponden los derechos de heredero *suyo* y de agnado, y la equidad no permite que uno tenga este derecho en dos familias.

Vivô eô emancipati admittuntur.—De otro modo, los emancipados se encontrarian excluidos de ambas sucesiones; de la del padre natural y de la del adoptivo.

Extraneorun locô.—Porque no existe el vínculo de la sangre, y el civil contraido por la adopcion queda por la emancipacion completamente terminado.

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi.—Otra razon mas directa podia haber dado el Emperador, á saber, que si la emancipacion hecha por el padre adoptivo despues de la muerte del natural, diera lugar á que el así emancipado entrara á suceder, aconteceria que despues de estar deferida la herencia, á otros descendientes, se privaria á estos por un hecho posterior y accidental del derecho que tenian ya adquirido.

Minus juris habent.—Mientras subsiste la adopcion, el adoptado tiene los mismos derechos que el hijo natural constituido en potestad: despues de la emancipacion es cuando los derechos del hijo natural son de mejor condicion que los del adoptivo, como el texto manifiesta.

Contra tabulas.—El llamamiento que el pretor hacia para la *bonorum posesion* á los descendientes emancipados y á los dados en adopcion, ponia al padre en la necesidad de desheredarlos si no queria que le sucedieran, porque aunque el testamento en que eran omitidos, no era nulo atendido el rigor del derecho civil, la *bonorum posesion contra tabulas* venia de hecho á rescindirlo.

Neque ut oportet exhæredatis.—La desheredacion que no se hacia

del modo correspondiente, era reputada como preterición, y por lo tanto producia efectos diferentes que la hecha con arreglo á derecho.

Eos quidèm, qui in potestate.—Esto era comun á los descendientes naturales y á los adoptivos.

Longè minùs.—La rescision del testamento no se permite sino por graves causas, y por lo tanto no debia hacerse á favor del que no seria admitido á la *bonorum posesion ab intestatò.*

13 Admonendi tamen sumus, eos, qui in adoptivà familià sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivò patre emancipati fuerint, intestatò parente naturali mortuò, licet eà parte edicti, quà liberi ad bonorum possessionem vocantur, *non admittantur*, alià tamen parte vocari, id est quà cognati defuncti vocantur. Ex quà parte ità admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, *neque agnatus* quidèm *ullus* interveniat: *ante enim* prætor liberos vocat tàm suos hæredes, quàm emancipatos, deindè legitimos hæredes, deindè proximos cognatos.

Debemos advertir, sin embargo, que aunque los que están en la familia adoptiva y han sido emancipados por el ascendiente adoptivo despues de la muerte de su padre natural, no son admitidos á la sucesion intestada de este, en la parte del edicto que llama á los descendientes á la *bonorum posesion*, están sin embargo comprendidos en la que se refiere á los cognados del difunto. Esto se entiende si no hay descendientes que sean herederos *suyos*, ni emancipados, ni agnados, porque el pretor llama ante todo á los descendientes tanto herederos *suyos* como emancipados, despues á los herederos legítimos, y en último lugar á los cognados mas próximos. 13

ORÍGENES.

Conforme con Modestino. (Ley 1, tit. XXV, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Non admittantur.—Explica aqui el Emperador cómo ha de entenderse lo que antes ha manifestado respecto á estar excluidos de la *bonorum posesion* los descendientes emancipados que se dieron en adopcion, y que, hallándose al tiempo de la muerte del padre natural en la familia adoptiva, fueron despues emancipados de ella, y al efecto dice que si bien no son admitidos cuando el pretor llama á los descendientes herederos suyos ó emancipados, ó á los agnados, si lo son cuando llama á los cognados, en cuyo caso tienen preferencia sobre los que están en grado mas remoto. Esto se funda en que, aunque por la adopcion habian perdido el derecho y la denominacion de descendientes, *liberi*, y dejado de ser agnados, vínculo civil, como he expuesto en otras ocasiones, conservaban, sin embargo, los derechos de cognacion en la familia á que por su nacimiento habian correspondido:

sin duda pareció absurdo al pretor reputar como herederos *suyos* respecto al padre natural á los que eran admitidos en igual concepto á la sucesion del padre civil, y por esto no los llamó como descendientes, sino solo como cognados. La utilidad de esta doctrina desapareció en virtud de las nuevas reglas de sucesion *ab intestatô* introducidas por Justiniano.

Neque agnatus ullus.—El derecho pretorio antepuso á todos los agnados, aunque fueran de grado mas remoto, á los cognados, sujetándose hasta cierto punto al derecho civil que llamaba á aquellos y no á estos.

Ante enim.—Nótese el órden que el pretor estableció para la sucesion. En primer lugar llamó á los herederos *suyos* con arreglo al derecho civil, y segun su edicto á los emancipados; en segundo lugar á los herederos legítimos ó agnados en conformidad al derecho civil, y en tercer lugar á los cognados segun su edicto.

14 Sed ea omnia antiquitati quidèm placuerunt: aliquam autem emendationem à *nostrâ constitutione* acceperunt, quam super his personis posuimus, quæ à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim *nonnullos casus* in quibus filii et naturalium parentum successionem propter adoptionem amittebant; et adoptione facilè per emancipationem solutâ, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hoc solitô more corrigentes, constitutionem scripsimus, per quam definivimus, quandò parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ità servari, atque si in patris naturalis potestate permansiset, nec penitùs adoptio fuerit subsecuta; nisi in hôc tantummodò casu, ut possit abintestatô ad patris adoptivi venire successionem. Testamentô ab eô factô, neque jure civili, neque prætoriô, aliquid ex hæreditate ejus persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnitâ, neque inofficiosi querelâ institutâ, cum nec necessitas patri adoptivo imponitur, vel hæredem eum instituere, vel exhæredatum facere, utpotè nullô naturali vinculô copula-

Estas reglas son las que antiguamente se seguian, mas una constitucion nuestra, relativa á aquellos que son dados en adopcion á otros por su padre natural, ha introducido en este punto ciertas modificaciones. En efecto, observamos que en algunos casos perdian los hijos el derecho de suceder á sus ascendientes naturales por causa de la adopcion, y que disolviéndose esta fácilmente por la emancipacion, no eran llamados á la sucesion del padre natural, ni á la del adoptivo. Corrigiendo esto segun nuestra costumbre, redactamos una constitucion, estableciendo que cuando un ascendiente natural diera á sus hijos en adopcion á otro, el hijo conservase íntegramente todos sus derechos como si hubiera seguido en potestad de su padre natural y no hubiera habido adopcion, pero quedándole salvo, sin embargo, el derecho de suceder *ab intestatô* al padre adoptivo. Mas si este hiciere testamento, no podrá el adoptado pretender nada de su herencia ni por el derecho civil ni por el pretorio, ni tendrá la *bonorum posesion contra tabulas*, ni la querella de inoficioso testamento, porque el padre adoptivo, 14

tum. Neque si ex *Sabinianó senatusconsultó ex tribus maribus* fuerit adoptatus: nam et in hujusmodi casu neque quarta ei servatur, nec ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostrâ autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit: utrôque enim jure, tam naturali quam legitimò, in hanc personam concurrente, pristina jura tali adoptione servavimus, quemadmodùm si paterfamilias sese dederit arrogandum. Quæ specialitèr et singillatìm ex præfatæ constitutionis tenore possunt colligi.

como que no esta unido á él con ningun vínculo natural, no tiene necesidad ni de instituirlo ni de desheredarlo. Lo mismo sucederá si el adoptado ha sido elegido entre tres varones, segun el senado-consulto Sabiniano, porque aun en esta hipótesis, ni al adoptado corresponde la cuarta parte, ni le queda accion para obtenerla. Sin embargo, nuestra constitucion exceptúa al que ha sido adoptado por su ascendiente natural, porque, concurriendo entonces en una misma persona el derecho natural y el civil, hemos conservado á semejante adopcion todos sus antiguos efectos, del mismo modo que en el caso de que el padre de familia se dé en arrogacion. Todas estas disposiciones pueden verse especial y separadamente en el texto de nuestra constitucion.

ORÍGENES.

La constitucion á que este texto se refiere es la ley 10, tít. XLVII, lib. VII del Código.

Comentario.

Nostrâ constitutione.—Reconocida estaba la necesidad de socorrer al hijo adoptado que era desechado de la sucesion del padre natural, cuando despues de la muerte de este habia sido emancipado por el adoptivo. Justiniano, que habia hécho reformas interesantes en la adopcion, como en su lugar se ha expuesto, completó su obra corrigiendo los antiguos principios respecto al punto de que se trata. Decidió al efecto que el hijo dado en adopcion se considerara como perteneciente á su familia natural, y que por lo tanto fuera llamado á suceder en concepto de heredero *suyo*, aunque todavía subsistiera la adopcion: añadió que si al tiempo del fallecimiento del padre adoptivo continuaba aun la adopcion, el adoptado fuera admitido á la sucesion intestada con los herederos *suyos*; pero le negó el derecho de atacar el testamento del adoptante por falta de desheredacion ó por la querella de testamento inoficioso, y el de reclamar en virtud del senado-consulto Sabiniano la cuarta parte de la herencia, aun en el caso de haber sido elegido entre tres hijos varones. Quedaron subsistentes los antiguos principios siempre que el hijo habia sido dado en adopcion á algun ascendiente, porque entonces no se le despojaba del derecho de

una sucesion: así cuando el adoptado era un nieto, cuyo padre permanecia en la familia, no perdia la sucesion de su abuelo natural, en la que era excluido por su padre. Tambien subsistia el antiguo derecho en el caso de arrogacion, puesto que las personas *sui juris* no tenian la consideracion de herederos *suyos* cualquiera que fuese la sucesion.

Nonnullos casus.—En vez del número plural debió usarse el singular, porque no habia mas que un caso en que el dado en adopcion á una persona estraña, fuese privado de la herencia del padre natural y del adoptivo, á saber: si despues de la muerte de aquel habia salido de la potestad de este.

Ex Sabinianô senatus-consultô ex tribus maribus.—Habia adopcion *ex tribus maribus*, cuando el padre que tenia tres hijos varones daba uno en adopcion; para cuyo caso el senado-consulto Sabiniano disponia que el adoptante dejase la cuarta parte de sus bienes al adoptado; si no lo hacia, daba el mismo senado-consulto al adoptado una accion para obtenerla de los herederos del adoptante: de este modo el adoptado, que perdia los derechos de sucesion en su familia natural, quedaba garantido de los perjuicios que podia sufrir en el caso de que el adoptante lo emancipase ó le desheredase. La reforma introducida por Justiniano, conservando al adoptado sus derechos de sucesion en la familia natural, hizo innecesario ya el senado-consulto Sabiniano, cuya publicacion puede referirse en mi concepto hácia el año 158 de la era cristiana. Heineccio supone que la cuarta parte fijada por el senado-consulto Sabiniano, no debia tomarse de los bienes del adoptante, sino de los del padre natural. Teófilo, Cujas, Godefroy (Gothofredo), Vinnio, Ortolan y otros impugnan esta opinion, que no guarda conformidad con el texto que comento. No se conoce la razon que pudo haber para conceder este favor especial al adoptado entre tres varones, y no hacerlo estensivo á las demás adopciones: por esto algunos han querido reemplazar á las palabras *tribus maribus* las de *tribus manibus*, ó las de *tribus mancipationibus*, lectura para la que no encuentro justificacion bastante.

15 Itêm *vetustas*, ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad *suorum* vocabat successionem, et juri agnatorum eos anteponebat; nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, et pronepotes ex neptibus cognatorum locô numerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tâm in avi vel proavi materni, quâm in *aviæ vel proaviæ*, *sive paternæ sive mater-*

Igualmente la antigüedad, mas favorable á los descendientes por línea de varon, admitia á la sucesion de los ascendientes solo á los nietos ó nietas que descendian del sexo masculino y los preferia á los agnados, y considerando solo como cognados á los nietos, hijos de hijas y á los biznietos hijos de nietas, los llamaba despues de los agnados, tanto á la sucesion de su abuelo ó bisabuelo materno, como á la de 15

næ successionem (*a*). ***Divi*** autem *principes* non passi sunt, talem *contra naturam injuriam sine* competenti *emendatione relinquere*: sed cum *nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque*, qui tàm ex masculis quàm ex feminis descendunt, ideò eumdem gradum et ordinem successionis eis donaverunt; sed ut aliquid amplius sit eis, qui non solùm naturæ, sed etiam veteris juris suffragio muniuntur, portionem nepotum et neptum, vel deincèps, de quibus suprà diximus paulò minuendam esse existimaverunt, ut minùs tertiam partem acciperent, quàm mater eorum, vel avia fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando femina mortua sit cujus de hæreditate agitur, isque, licèt soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodùm lex duodecim tabularum, filiô mortuô nepotes, vel neptes, pronepotes vel proneptes in locum patris sui ad successionem avi vocat: ità et principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designatâ partis tertiæ deminutione vocat (*b*).

su abuela ó bisabuela paterna ó materna (*a*). Mas los Emperadores no permitieron que quedaran sin el conveniente correctivo principios tan contrarios á la naturaleza: por lo tanto, considerando que el nombre de nieto ó biznieto es comun á los descendientes por línea de varon y á los que lo son por hembra, les dieron el mismo grado y el mismo órden en la sucesion. Pero con el objeto de dejar mayor ventaja á aquellos que podian invocar el voto de la naturaleza y el del antiguo derecho, creyeron que debian disminuir en algun tanto la parte de los nietos, nietas y demás descendientes por hembra, de modo que tuviesen una tercera parte menos que la que hubieran recibido su madre ó su abuela, ó bien su padre ó abuelo paterno ó materno, si se tratara de la sucesion de una hembra; y que, aun cuando ellos solo fueran los descendientes, si adian la herencia, excluyesen enteramente á los agnados. Y del mismo modo que la ley de las Doce Tablas, muerto el hijo llama á los nietos y nietas, biznietos y biznietas en lugar de su padre á la sucesion del abuelo, las constituciones imperiales llaman á los descendientes por línea de hembra en lugar de su madre ó de su abuela, con la deduccion de la indicada tercera parte. (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§ 10, tít. VIII, lib. IV de sus Sentencias.)

(*b*) Alude á una constitucion de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, Ley 4, tít. I, lib. V del Código Teodosiano.)

Comentario.

Vetustas.—Refiérese esta palabra tanto á la ley de las Doce Tablas como al edicto del pretor. La ley de las Doce Tablas daba solamente la sucesion á los descendientes que eran herederos *suyos*, y en su defecto á los agnados por línea trasversal: consiguiente era á esto que los nie-

tos hijos de hija no fueran llamados á la herencia del abuelo materno, pues segun repetidas veces se ha dicho, la mujer no propagaba la familia de su padre, sino la de aquel con quien habia contraido matrimonio, y ella era la cabeza y el fin de su familia (1). El edicto del pretor por otra parte llamaba entre los herederos *suyos* á los emancipados que descendian por línea de varon; á los que lo eran por hembra solo daba lugar entre los cognados, y despues de los agnados.

Suorum.—La palabra *suorum* hace relacion á los ascendientes que morian intestados.

Aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ.—Los descendientes no eran herederos *suyos* ni agnados de la abuela ni de la bisabuela paterna ó materna, como tampoco lo era el hijo de la madre. Justiniano, sin embargo, no hace aquí mencion del hijo ni de la hija, porque el senado-consulto Orficiano deferia á estos la herencia legítima de la madre, como se verá mas adelante.

Divi principes.—Estos Emperadores fueron Valentiniano, Teodosio y Arcadio, de cuya constitucion solo hay vestigios en el Código *repetitæ prælectionis* (2), pero que se halla íntegra en la ley del Teodosiano indicada en los orígenes.

Contra naturam injuriam sine emendatione relinquere.—Ninguna razon que sea puramente civil puede encontrarse para justificar la diferencia que existia entre los descendientes de varon y los de hembra en la sucesion de los ascendientes.

Nepotis et pronepotis nomen commune est utrisque.—El argumento que se funda en la identidad de nombre no tiene la menor fuerza para probar la igualdad de derecho, y con oportunidad lo hubiera omitido Justiniano, mucho mas cuando habia motivos justos en que apoyar la innovacion introducida por los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio.

16 Sed nos, cum adhùc dubitatio manebat inter agnatos et memoratos nepotes, partem quartam defuncti substantiæ agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, *memoratam* quidèm *constitutionem à nostrô codice segregavimus*, neque inseri eam ex Theodosianô codice in eô concessimus. Nostrâ autem constitutione promulgatâ, toti juri ejus derogatum est: et sanximus, talibus nepotibus ex-

Pero como aun quedaba alguna duda entre los agnados y los nietos por hembra acerca de la cuarta parte de la herencia del difunto, que los agnados reclamaban en virtnd de una constitucion imperial, desechamos esta constitucion no trasladándola á nuestro Código, del Teodosiano en que se hallaba. Hicimos mas: promulgamos una constitucion en que derogamos todo el derecho que en la anterior se establecia, y san- 16

(1) §. 5 de la ley 95, tít. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 9, tít. LV, lib. VI.

filià, vel pronepotibus ex nepte, et deincèps, superstitibus, agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare, ne hi, qui ex transversâ lineà veniunt, potiores his habeantur, qui rectô jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem et tempora et nunc sancimus:, ità tamen, ut, quemadmodùm inter filios et nepotes ex filiò antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similitèr nos inter filios et nepotes ex filià distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes et neptes, et alias deincèps personas, ut utraque progenies matris suæ vel patris, aviæ vel avi, portionem sine ullâ deminutione consequantur, ut, si fortè unus vel duo ex unâ parte, ex alterâ tres aut quatuor extent, unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeat.

cionamos que mientras sobreviviesen nietos, hijos de hija, ó biznietos, hijos de nieta, y asi sucesivamente, no pudieran los agnados reclamar ninguna parte de la sucesion, para que los parientes de línea trasversal no fueran preferidos á los descendientes directos. Ordenamos de nuevo que esta constitucion sea ejecutada con arreglo á su tenor y fecha. Mas del mismo modo que el derecho antiguo establecia que cuando por una parte concurriesen á la sucesion hijos y por otra nietos, hijos de hijo, no se dividiese la herencia *in capita* sino *in stirpes*, del mismo modo mandamos que se divida la herencia *in stirpes* entre los hijos y los nietos hijos de hija, ó entre todos los nietos y nietas y demás descendientes, de manera que cada progénie tenga sin diminucion alguna la porcion de su padre ó de su madre, de su abuela ó de su abuelo; por lo tanto si hay en una estirpe uno ó dos descendientes y en otra tres ó cuatro, el uno ó los dos que son de la primera reciban la mitad, y los tres ó cuatro de la segunda la otra mitad.

ORÍGENES.

La constitucion á que en este texto alude el Emperador es la ley 12, tít. LV, libro VI del Código.

Comentario.

Memoratam constitutionem à nostrô codice segregavimus.—La constitucion á que aquí se refiere el Emperador, es la misma de Valentiniano, Teodosio y Arcadio de que he hablado en los orígenes y comentario del párrafo anterior. Cuando los hijos de una hija concurrian á la sucesion con herederos *suyos*, no percibian mas que las dos terceras partes de lo que hubiera correspondido á su madre si viviera, y la otra tercera parte era para los herederos *suyos* con quienes heredaban; mas si acudian solos á la sucesion, no debian tomar con arreglo á la constitucion referida mas que las tres cuartas partes de la herencia, y la otra cuarta parte quedaba para los agnados excluidos. Justiniano suprimió la retencion de esta cuarta parte hecha á favor de los

agnados, pero dejó subsistente la deduccion de la tercera que quedaba á favor de los herederos *suyos* que concurrian con los hijos de la hija. El cambio completo de todo este sistema se hizo en la novela 118, de que hablaré en el lugar correspondiente.

Al poner fin á este título debo advertir que no siguen la condicion de herederos *suyos* los que vienen á suceder con ellos, y que por lo tanto no son herederos *ipsô jure*, sino que, pudiendo aceptar ó repudiar la herencia, necesitan hacer la adicion para adquirirla ó total ó parcialmente.

TITULUS II.

De legitima agnatorum successione.

TITULO II.

De la sucesion legítima de los agnados.

En el título precedente expuso el Emperador el primer órden de suceder *ab intestatô*, tal como existió reformado por él antes de la variacion capital y filosófica que la novela 118 introdujo en las sucesiones intestadas. En este primer órden de suceder ha comprendido á los herederos *suyos* que eran llamados por la ley de las Doce Tablas, á los hijos emancipados que concurrian en virtud de los edictos de los pretores, y á los descendientes por línea de hembra admitidos por las constituciones imperiales. Siguiendo las mismas leyes de las Doce Tablas, pone como segundo órden de suceder, el de los agnados. No trata del llamamiento de los ascendientes á la herencia de los descendientes, porque si el hijo al tiempo de la muerte permanecia en patria potestad, no tenia heredero, puesto que todos sus bienes, aun los mismos castrenses, cuando moria intestado, correspondian al padre en concepto de peculio (1), y si estaba emancipado, era absolutamente estraño á la familia, de tal modo, que ni el mismo pretor llamaba al padre á suceder como cognado, sino como patrono (2). Por otra parte la madre para nada era atendida en la sucesion del hijo, exclusion modificada despues, como se verá en los títulos siguientes.

Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes prætor vel constitutiones vocant, *extat*, et qui successionem quoquô modô amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum *ad agnatum proximum* hæreditas pertinet.

Si no hay ninguno que sea heredero *suyo*, ni ninguno de aquellos á quienes el pretor ó las constituciones llaman entre los herederos *suyos* á recibir la herencia, pertenece esta al agnado mas próximo con arreglo á la ley de las doce tablas.

(1) Ley 2, tít. XVII, lib. XLIX del Dig.
(2) Ley 10, tít. XVI, lib. XXXVIII. del Dig.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 9, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Extat. — No bastaba para la aplicacion de la doctrina del texto que no existiera heredero *suyo*, sino que era tambien necesario que no hubiera esperanza de ello. Así, si estaba en cinta la mujer del difunto y se esperaba que diera á luz un heredero *suyo*, ó bien si el hijo del finado se hallaba en poder del enemigo y podia volver del cautiverio, no habia lugar á la sucesion de los agnados.

Ad agnatum proximum.—Los agnados mas próximos excluian á los mas remotos, porque en la sucesion colateral no sucedia lo que en la de los descendientes, en que concurrian á la herencia, aunque de diverso modo, los que se hallaban en grados diferentes.

1 Sunt autem agnati, ut primô quoquè *librô tradidimus*, cognati per virilis sexus personas cognatione juncti, quasi á patre cognati. Itaque eòdem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et *consanguinei* vocantur, nec requiritur, an etiam eamdem matrem habuerint. Itèm patruus fratris filio, et invicem is illi agnatus est. Eòdem numerô sunt fratres patrueles, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam *consobrini* vocantur. Quâ ratione etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus (*a*). Hi quoquè qui *post mortem patris nascuntur*, jura consanguinitatis nanciscuntur (*b*).

Son agnados, como lo hemos dicho ya en el libro primero, los cognados unidos por personas del sexo masculino, es decir, los cognados por el padre. Así los hermanos, hijos de un mismo padre, son agnados, y se llaman tambien consanguíneos, tengan ó no la misma madre. De igual manera el tio paterno es agnado del hijo de su hermano, y por el contrario este lo es de aquel. Como tales se consideran tambien los hermanos llamados *patrueles*, esto es, los que son procreados por dos hermanos, llámanse tambien consobrinos; así sucesivamente pueden seguirse otros grados de agnacion (*a*). Los derechos de consanguinidad corresponden tambien á aquellos que nacen despues de la muerte de su padre (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 156, Com. I; y §. 10, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 10, Ley 1, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig).

Comentario.

Primô librô tradidimus. — Se refiere el Emperador al párrafo primero del título XV del Libro primero de estas Instituciones, donde expuse lo que en el particular debe tenerse presente.

Consanguinei.—Esta palabra no siempre se toma en el sentido estricto en que el texto la aplica, esto es, restringiéndola á los hermanos, hijos de un mismo padre. Ulpiano (1) manifiesta que Casio define á los consanguíneos diciendo que son los que estan unidos entre sí por los vínculos de la sangre; definicion demasiado extensa, puesto que comprende á todos los agnados y cognados. A la denominacion de hermanos *consanguíneos*, de que usa este texto aplicándola á los hermanos, hijos de un mismo padre, se opone la de *uterinos*, que se refiere á los que son hermanos solamente por parte de madre.

Consobrini.—La palabra *consobrinus*, en sentido riguroso, se limita al vínculo de parentesco que tienen entre sí dos hijos de dos hermanas, *quasi consororinus*, segun advierte mas adelante Justiniano; pero en este lugar, como en otros del derecho, se extiende tambien á hijos de dos hermanos.

Post mortem patris nascuntur.—Aunque, como dice el texto, los que nacen despues de la muerte del padre tienen los derechos de consanguinidad, para el efecto de suceder, es necesario que esten ya concebidos al morir la persona de cuya sucesion se trata.

1 Non tamen omnibus simùl agnatis dat lex hæreditatem, sed his, *qui tunc proximiore gradu sunt*, cùm certum ese cœperit, aliquem intestatum decessisse.

Mas la ley no dá la herencia simultáneamente á todos los agnados, sino solo á los que están en el grado mas próximo al tiempo en que consta que alguno ha muerto intestado. 1

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 11, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Qui proximiore gradu sunt.—Para graduar la proximidad del parentesco debe atenderse al tiempo en que se defiere la herencia, que cuando no hay testamento, es el de la muerte, y cuando lo hay el en que se sabe de un modo cierto que no es adida la herencia testamentaria.

2 *Per adoptionem* quoquè *agnationis jus consistit,* veluti inter filios naturales, et eos, quos pater eorum adoptavit (nec dubium est, quin *propriè* consanguinei apellentur); itèm, siquis ex ceteris agnatis, veluti frater, aut patruus, aut deniquè is, qui longiore gradu est,

La adopcion establece tambien el derecho de agnacion, como acaece entre los hijos naturales y aquellos que su padre ha adoptado: no hay duda que con propiedad se les dá el nombre de consanguíneos. Del mismo modo, si uno de los demas agnados, por ejemplo, un hermano, un 2

(1) §. 10, ley 1, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.

aliquem adoptaverit, agnatos inter suos esse non dubitatur.

tio paterno ú otro que esté en grado mas lejano, adopta á un individuo, éste indudablemente entrará en el número de sus agnados.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 11, ley 1, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Per adoptionem agnationis jus consistit.—Al tratar de la familia romana quedó expuesto que en esta se comprendian personas que no estando unidas con el gefe doméstico por los vínculos de la sangre, lo estaban por los de la potestad, las cuales al entrar en la familia adquirian los derechos de la agnacion.

Propriè.—En la mayor parte de las ediciones se pone en lugar de esta palabra la de *impropriè*, lectura que parece mas acomodada á la intencion de Justiniano y de mas significacion, porque solo con impropiedad se puede aplicar el epíteto de *consanguíneos* á personas que no estan unidas con los vínculos de la sangre.

3 Ceterùm inter masculos quidèm agnationis jure hæreditas *etiam longissimô gradu* ultrò citròque capitur. Quod ad feminas verò, ità placebat, *ut ipsæ consanguinitatis jure* tantùm capiant hæreditatem, si sorores sint, ulteriùs non capiant; masculi verò ad earum hæreditates, etiamsi longissimô gradu sint, admittantur. Quâ de causâ fratris tui aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinet, tua verò ad illas non pertinebat. Quod ideò ità constitutum erat, *quia commodius videbatur*, ità jura constitui, ut plerumquè hæreditates ad masculos confluerent (*a*). Sed quia sanè iniquum erat, in universum eas, quasi extraneas, repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit eâ parte, quâ *proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur*; ex quâ parte ità scilicet admittuntur, si *neque agnatus ullus*, *nec proximior cognatus* interveniat (*b*). Et hæc quidèm lex duodecim tabularum nullô modô introduxit, sed

Los varones son llamados á sucederse mútuamente por derecho de agnacion hasta el grado mas remoto. Por lo que hace á las hembras, se hallaba establecido que solo pudiesen percibir la herencia por derecho de consanguinidad, siendo hermanas, pero no cuando estaban en grado mas remoto aunque sus agnados varones eran llamados á sucederlas por lejano que fuera el parentesco. Por esta razon la herencia de la hija de tu hermano, ó de la de tu tio paterno ó de tu tia paterna, corresponde á tí, mas la tuya no corresponde á ellas, lo que se estableció por creer mas conveniente que recayeran las herencias en los hombres (*a*). Pero como era una cosa injusta que estuviesen excluidas generalmente como estrañas, el pretor las admite á la *bonorum possession* en la parte del edicto en que la da por razon de la proximidad de la sangre, y con la circunstancia de que no tengan ningun agnado, ni cognado mas próximo (*b*). Mas esto no fué introducido 3

simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modò omnes agnatos, sive masculos sive feminas, cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum, invicèm ad successionem vocabat; media autem jurisprudentia, quæ erat lege quidèm duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quâdam excogitatâ, præfatam differentiam inducebat, et penitùs eas à successione agnatorum repellebat, omni aliâ successione incognitâ (c), donèc prætores, paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deest adimplentes, humanô propositô, alium ordinem suis edictis addiderunt, et cognationis lineâ, proximitatis nomine, introductâ, per bonorum possessionem eas adjuvabant, et pollicebantur his bonorum possessionem, quæ UNDE COGNATI appellatur (d).

por las leyes de las doce tablas, las cuales, buscando la sencillez, tan recomendable en las leyes, llamaban mútuamente y sin distincion á todos los agnados, varones ó hembras, cualquiera que fuera su grado, como habian llamado á los herederos suyos. La jurisprudencia intermedia mas moderna que las leyes de de las Doce Tablas y mas antigua que las disposiciones imperiales, guiada por sutilezas, introducia aquellas diferencias, repeliendo absolutamente á las mujeres de la sucesion de los agnados, sin que les quedara entonces otro modo de suceder (c), hasta que los pretores, corrigiendo paulatinamente el rigor del derecho civil ó supliéndolo en lo que era deficiente, agregaron en sus edictos otro órden de suceder por razones de justicia, é introduciendo la línea de los cognados segun el grado de proximidad, prometian á las mujeres la *bonorum posesion* que se llama UNDE COGNATI (d).

ORÍGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§§ 14 y 23, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con Cayo. (§. 29, Com. III de sus Inst.)
(c) Conforme con Paulo. (§. 3, tit. VIII, lib. IV de sus Sentencias.)
(d) Conforme con Cayo. (§. 29, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Etiàm longissimô gradu.—La sucesion legítima de los agnados no estaba limitada á ningun grado; doctrina que repite el Emperador mas adelante (1), y que está tambien consignada en el Digesto (2), donde se dice que los agnados suceden hasta el infinito, *in infinitum.*

Ut ipsæ consanguinitatis jure.—La palabra *consanguinitas* se refiere aquí, como se ha dicho al comentar el párrafo primero de este mismo titulo, á los hermanos y hermanas hijos de un mismo padre. La ley de las Doce Tablas no hacía ninguna distincion entre los varones y hembras al llamar para suceder á los agnados mas próximos.

(1) §. 12, tit. VI de este Libro.
(2) §. 1, ley 2, tit. XVI, lib. XXXVIII.

Una jurisprudencia intermedia, como dice el texto, y que, segun la *Paráfrasis* de Teófilo, fué introducida por los jurisconsultos, llamando á las mujeres solo en calidad de consanguíneas, introdujo una nueva division en el modo de suceder. El órden de llamamientos á la sucesion era entonces el siguiente: 1.° los herederos *suyos*: 2.° los consanguíneos, hermanos ó hermanas, que eran los preferidos entre todos los agnados (1): 3.° los agnados varones con arreglo á la proximidad de su grado (2): 4.° los cognados. Las hembras no consanguíneas solo eran llamadas á la sucesion del agnado, como cognadas (3). Así sucedia que al paso que estas no podian obtener la sucesion del agnado mas que en el órden de los cognados, el agnado podia sucederles en el órden de los agnados.

Quia commodius videbatur.—Segun dice Teófilo en su *Paráfrasis*, se creyó mas conveniente que fueran los varones preferidos á las hembras para suceder, porque son mas útiles á la república, puesto que la gobiernan, desempeñan las funciones públicas y la defienden con las armas. No tengo por acertada su opinion; mas bien parece, como dice Paulo (4), que esta preferencia debe su orígen á la ley Voconia, que, imponiendo algunas incapacidades á las mujeres para recibir por testamento, se extendió despues hasta cierto punto á las sucesiones legítimas.

Proximitatis nomine.—Los herederos *suyos* concurren todos á la sucesion sin distincion de grados: los agnados son preferidos por órden de proximidad, pero excluyen siempre á los cognados: los cognados no tienen otra preferencia entre sí que la mayor proximidad.

Bonorum possessionem pollicetur.—Esta era la *bonorum posesion unde cognati.*

Neque agnatus ullus, nec proximior cognatus.—La palabra *proximior* solo se refiere á los cognados, quienes por razon de su proximidad eran preferidos á los mas remotos; no á los agnados, los cuales excluian á los que no eran llamados á suceder bajo esta denominacion, y por lo tanto á las mujeres.

3 *Nos verò, legem duodecim tabularum sequentes*, et ejus vestigia in hac parte conservantes, laudamus quidèm prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum causæ mederi invenimus: quare etenim, unò eòdemque gradu naturali concurrente, et agnationis titu-

Pero nosotros, siguiendo el espíritu de la ley de las Doce Tablas, y conservando en este punto sus vestigios, alabamos por su humanidad el derecho pretorio, pero no encontramos que aplicase un remedio completo al mal. En efecto, ¿por qué razon, concurriendo el mismo 3

(1) §. 13, tít. VIII, lib. IV de las Sent. de Paulo.
(2) §. 16, tít. VIII, lib. IV de las Sent. de Paulo.
(3) §. 14, Com. III de las Inst. de Cayo.
(4) §. 22, tít. VIII, lib. IV de sus Sent.

lis tàm in masculis quàm in feminis æquâ lance constitutis, masculis quidèm dabatur ad successionem venire omnium agnatorum, ex agnatis autem mulieribus nullis penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus? Ideò in plenum omnia reducentes et ad jus duodecim tabularum eamdem dispositionem exæquantes nostrâ constitutionem sanximus, omnes legitimas personas, id est per virilem sexum descendentes, sive masculini sive feminini generis sunt, simili modô ad jura successionis legitimæ ab intestatô vocari, *secundùm gradus sui prærogativam*, nec ideò excludendas, quia consanguinitatis jura, sicuti germanæ, non habent. Hoc etiàm addendum nostræ constitutioni existimavimus, ut transferatur *unus tantummodò gradus* á jure cognationis in legitimam successionem, ut non solùm fratris filius et filia, secundùm quod jam definivimus, ad succesionem patris sui vocentur, sed etiam *germanæ consanguineæ* vel *sororis uterinæ* filius et filia *soli et non deincèps* personæ unà cum his ad jura avunculi sui perveniant, et mortuô eô, qui patruus quidèm est fratris sui filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modô ab utrôque latere succedant, tamquam si omnes, ex masculis descendentes, legitimô jure veniant, scilicèt ubi frater et soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus, et *successionem admittentibus*, ceteri gradus remanent penitùs semoti, videlicèt hæreditate *non ad stirpes, sed in capita* dividendâ.

grado de parentesco natural y los mismos títulos de agnacion en los varones que en las hembras, se concedia á los varones suceder á todos los agnados y se rehusaba esto á las mujeres que estaban entre estos agnados, á no ser que fueran hermanas del difunto? Por esto, abrogando absolutamente tales disposiciones, y volviendo á la ley de las Doce Tablas, mandamos en una constitucion que todas las personas legítimas, esto es, unidas por línea de varon, ó bien varones, ó bien hembras, sean llamadas del mismo modo, segun su grado, al derecho de la sucesion legítima *ab intestatô*, y que no sean excluidas porque no tengan como las hermanas por parte de padre los derechos de consanguinidad. Hemos creido deber añadir á nuestra constitucion que todo un grado, pero solamente él, sea trasferido de la línea de los cognados á la sucesion legítima, de modo que no solamente el hijo y la hija del hermano sean llamados, segun queda dicho, á la herencia de su tío paterno, sino que tambien el hijo y la hija de una hermana consanguínea ó uterina concurran con los que anteceden á la sucesion de su tio materno, pero sin pasar de este grado de parentesco. Así á la muerte del que es tio paterno de los hijos de su hermano, y materno de los de su hermana, sucederán ambas ramas igualmente, como si, descendiendo todos de varones, tuvieran un derecho legítimo á la sucesion; mas esto se entiende en el caso de que no sobrevivan ni hermano ni hermana, porque si estos últimos vinieran á la sucesion, los demas grados serían excluidos enteramente, dividiéndose la herencia por personas y no por estirpes.

ORÍGENES.

La constitucion á que alude este texto es la ley 14, tít. LVIII, lib. VI del Cód.

Comentario.

Nos verò.—Antes de tratar de la reforma que aquí expone Justiniano, conviene hacer alguna ligera indicacion de otra innovacion hecha por el Emperador Anastasio, que mas adelante mencionan expresamente las Instituciones (1). Este emperador llamó á los hermanos y hermanas emancipados, en concurrencia con los que no lo estaban, á la sucesion legítima, como si no hubieran salido por la emancipacion de la familia; pero haciéndoles cierta diminucion de que oportunamente se hablará.

Legem duodecim tabularum sequentes.—Justiniano restableció la ley de las Doce Tablas en el sentido de dar á las hembras los mismos derechos que á los hombres en su rango de agnados.

Secundùm gradus sui prærogativam.—Por lo tanto, las hembras agnadas mas próximas en grado, excluian á los varones agnados mas remotos, correccion importante introducida en el derecho pretorio que no las admitia nunca entre los agnados, sino solo entre los cognados, en cuyo órden eran excluidas por los más próximos.

Unus tantummodò gradus.-Lo que acababa de decir el Emperador, á saber, que las agnadas eran admitidas con los agnados á la sucesion intestada, aunque fuesen mas lejanas en grado que las hermanas consanguíneas, se hace extensivo á las personas que estan unidas por el sexo femenino, pero solo en un grado, y por lo tanto al hijo y á la hija de la hermana consanguinea ó uterina, los cuales desde el órden de cognados fueron trasladados al de agnados, del mismo modo que si estuvieran unidos por línea de varon.

Germanæ consanguineæ.—Aunque en el uso de los clásicos latinos las frases *fratres germani, sorores germanæ* se refieren comunmente á los que tienen el mismo padre y madre, en este texto comprende tambien á los que solo tienen el padre comun y diferente madre.

Sororis uterinæ.—Por derecho antiguo, la hermana uterina no tenia el concepto de agnada, y por lo tanto era excluida no solo por el hijo de su hermano que hubiera muerto antes, sino tambien por todos los agnados, aunque fueran de un grado mucho mas remoto.

Soli, et non deincèps.—Llama el Emperador solamente á los hijos é hijas de hermana que estan en tercer grado para que concurran con los agnados á la sucesion legítima.

Successionem admittentibus.—Porque si repudiaban la herencia ó

---

(1) §. 1, tít. V de este mismo Libro.

faltaban los que estaban llamados en primer lugar, la sucesion pasaba á los parientes mas próximos de los grados siguientes.

Non ad stirpes sed in capita.—Como todos están en igual grado en el caso del texto, todos vienen representando su propio derecho y persona. A esto se agrega que el derecho de representacion no tuvo lugar mas que entre los herederos suyos; solamente despues de la novela 118 fué admitido en las sucesiones colaterales.

Paréceme conveniente presentar aqui el resúmen que hace Mr. Etienne de todas las modificaciones que sucesivamente ocurrieron respecto á los parientes admitidos á la sucesion como agnados.

1.° Con arreglo á la ley de las Doce Tablas son agnados entre sí los que, provinìendo de un mismo ascendiente, se encuentran bajo su poder, ó que se encontrarian sino hubiera muerto.

2.° La jurisprudencia intermedia excluye del órden de agnados á las mujeres que no son hermanas del difunto, aunque se encuentren bajo el poder del ascendiente comun, ó que debieran estarlo si este no hubiera muerto.

3.° El derecho pretorio admite á la *bonorum posesion unde legitimi*, solamente á los que el derecho civil admite como agnados.

4.° La constitucion del Emperador Anastasio llamó á los hermanos y hermanas emancipados, en concurrencia con sus hermanos y hermanas agnados, si bien con cierta deduccion; pero no llamó á los descendientes de los hermanos ó hermanas emancipados, ni decidió cosa alguna respecto á los hermanos ó hermanas adoptivos, ni á los parientes por línea de hembra.

5.° Justiniano llamó á las hembras del mismo modo que á los varones á la sucesion de los agnados, cualquiera que fuera su grado, y confirmó la constitucion del Emperador Anastasio respecto á los hermanos y hermanas emancipados. No habian trascurrido todavía cuatro años despues de la publicacion de las Instituciones, cuando, revocando en parte la referida constitucion del Emperador Anastasio, dejó subsistente el llamamiento de los hermanos y hermanas emancipados, pero los libertó de la diminucion que antes debian sufrir, y extendió el mismo favor á sus hijos (1). Los hijos adoptivos eran considerados como individuos de la familia. En 528 Justiniano llamó como agnados á los hermanos y hermanas uterinos en concurrencia con los hermanos y hermanas consanguíneos (2), y en 532 á los hijos de los hermanos y hermanas uterinas cuando concurrian con los sobrinos y sobrinas del difunto (3).

---

(1) §§. 1 y 3, ley 15, tít. XVIII, lib. VI del Cód.
(2) Ley 7, tít. LVI, lib. VI del Cód.
(3) §§. 2 y 3 de la ley 15, tít. LVIII, lib. VI del Cód.

5 Si plures sint gradus agnatorum, apertè *lex duodecim tabularum proximum vocat* (*a*): itáque si verbi gratiâ sit frater defuncti, et alterius fratris filius, aut patruus *frater potior habetur* (*b*). Et quamvis singulari numerò usa lex PROXIMUM vocet: tamen dubium non est, quin et, si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur: nam et propriè proximus ex pluribus gradibus intelligitur, et tamen dubium non est, quin, licèt unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas (*c*).

La ley de las doce tablas, en caso de haber diferentes grados de agnados, llama expresamente al mas próximo (*a*): por lo tanto, cuando el difunto, por ejemplo, deja un hermano y un hijo de otro hermano ó un tio paterno, el hermano será el preferido (*b*). Y aunque la ley, usando del número singular, llama al mas próximo, no hay duda que si son muchos del mismo grado, todos deben ser admitidos: asimismo al hablarse del agnado mas próximo, parece que se supone que hay muchos grados, y sin embargo, no es dudoso que, aunque no haya mas que un solo grado de agnados, á los que estén en él pertenece la herencia (*c*). 5

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 11, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo, (§. 15 Com. III de sus Inst.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 2, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Lex duodecim tabularum proximum vocat. —Segun Ulpiano (1) las palabras de la ley de las Doce Tablas, á que el texto se refiere, son: *agnatus proximus familiam habeto.*

Frater potior habetur. —Es decir, los mas próximos agnados excluyen siempre y de un modo absoluto á los mas remotos, y por lo tanto la herencia se divide entre ellos por personas, *in capita*, y no *in stirpes* (2), como queda indicado al comentar el párrafo que antecede.

6 *Proximus autem*, si quidem nullô testamentô factô quisque decesserit, per hoc tempus requiritur, quô mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si factô testamentô quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quô certum esse cœperit, nullum ex testamentô hæredem extaturum: tunc enim propriè quisque intelligitur intestatus decessisse (*a*), Quod quidèm aliquandô longô tempore declaratur:

Para fijar cuál es el agnado mas próximo, cuando alguno ha muerto sin haber hecho testamento, se atiende al tiempo de la muerte. Si alguno muere despues de haber hecho testamento, se atiende al tiempo en que se sabe de cierto que no existe heredero en virtud de la última voluntad, porque solo entonces puede considerarse que ha muerto intestado (*a*). Algunas veces esta época se hace esperar por largo 6

(1) §. 1, ley 195, tít. XVI, lib. L del Dig.
(1) §. 4. tít. XXVI de las Reglas de Ulpiano.

in quô spatiô temporis sæpè accidit, ut, proximiore mortuô, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus (*b*).

tiempo, en cuyo intérvalo sucede frecuentemente que, muriendo el agnado mas próximo, venga á serlo el que no lo era al tiempo de la muerte del testador (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 11 y 13, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 5, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

*. *Primus autem.*—La doctrina de este texto es solamente la aplicacion especial á la sucesion de los agnados de los principios generales que se expusieron en el comentario al párrafo sétimo del título precedente, al tratar de los herederos *suyos*.

7 Placebat autem, *in eô genere* percipiendarum hæreditatum *successionem non esse*, id est ut, *quamvis proximus*, qui, secundùm ea quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut, antequàm adeat, decesserit, nihilò magis legitimô jure sequentes admittuntur (*a*). Quod iterùm prætores, *imperfectô jure corrigentes*, non in totum sine adminiculô relinquebant, sed *ex cognatorum ordine eos vocabant*, utpotè agnationis jure eis reclusô (*b*). Sed nos, nihil deesse perfectissimo juri cupientes, nostrâ constitutione sanximus, quam de jure patronatus, humanitate suggerente, protulimus, successionem in agnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam, cùm satis absurdum erat, quod cognatis á prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum, maximè, cum in onere quidèm tutelarum et primô gradu deficiente, sequens succedit, et quod in ônere obtinebat, non erat in lucrô permissum (*c*).

No se admitia en este órden de suceder la devolucion de un grado á otro grado, esto es, que aun cuando el agnado mas próximo que era llamado á la herencia, segun lo que acabamos de decir, ó la repudiase ó muriese antes de hacer la adicion, no por eso eran admitidos por el derecho civil los que le seguian en grado (*a*). Los pretores, corrigiendo tambien imperfectamente en este caso el derecho civil, no dejaban á tales agnados sin auxilio alguno; pero considerándolos privados del derecho de agnacion, los llamaban como cognados (*b*). Mas nosotros, ansiando quitar al derecho todas las imperfecciones, decidimos en una constitucion dictada por las inspiraciones de la humanidad acerca del derecho de patronato, que no se negara la devolucion de un grado á otro en la herencia de los agnados, porque era bastante absurdo no otorgar á los agnados lo que el pretor habia concedido á los cognados, y principalmente si se atiende á que en el cargo de la tutela, cuando faltaba el grado mas próximo entraba el siguiente, de modo que se admitia la devolucion de un grado á otro para las cargas y no para los beneficios (*c*). 7

ORÍGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§§. 12, y 22, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con Cayo. (§. 28, Com. III de sus Inst.)
(c) La constitucion á que aquí se refiere el Emperador no ha llegado hasta nuestro tiempo.

Comentario.

In eô gen re.—Refiérese á los agnados, puesto que esta doctrina no era estensiva á los herederos *suyos*.

Sucessionem non esse.—Traduzco la palabra *successio* con las de *devolucion de un grado á otro grado*, para evitar la confusion que produciria el usar de la voz *sucesion*, aplicada en distinto sentido del que en todo este título tiene. Debo, sin embargo, manifestar que á mi juicio ni la palabra *sucesion*, ni la frase *devolucion de un grado á otro*, espresan con bastante claridad y precision el pensamiento del Emperador: si adopto esta última nomenclatura, es porque creo que se acerca mas al sentido verdadero del texto. Para la inteligencia de ella conviene tener presente que la ley de las Doce Tablas se limitaba á llamar á los agnados mas próximos y no hacia llamamiento ninguno condicional para los mas lejanos: así es que si un hermano del difunto repudiaba la herencia, no pertenecia esta á los agnados de grado ulterior, por ejemplo, á un sobrino. Esta no admision del agnado de peor grado cuando no era heredero el que le precedia, es lo que se quiere significar en el texto con las palabras *successionem non esse*; de modo que en este sentido puede definirse la palabra *successio*, el llamamiento de los parientes de un grado ulterior, cuando los que estan en grado mas próximo al tiempo de abrirse la sucesion, no son herederos.

No debe confundirse la devolucion de un grado á otro grado con la representacion: la devolucion supone siempre que no hay herederos en el grado precedente, la representacion por el contrario, parte del principio de que puede haberlos: en la devolucion la herencia desciende de grados, en la representacion por el contrario, los herederos saltan por uno ó mas grados para aproximarse á la herencia. Antes de Justiniano los agnados no tenian ni el derecho de representacion ni el de devolucion: segun se ha visto, en este texto les dió el de devolucion; el de representacion les fué otorgado despues en la novela 118, como manifestaré oportunamente.

En el título anterior se habló ya del modo de concurrir por derecho de representacion los herederos *suyos* y los que, por los edictos de los pretores ó las constituciones imperiales, estaban equiparados á ellos: debo aquí indicar algo acerca de la devolucion de un grado á otro grado. Respecto á los que eran herederos *suyos* en el riguroso sentido de la palabra, no podia tener lugar la devolucion, porque *ipsô*

jure adquirian la herencia en virtud del solo hecho de deferírseles: aun en el caso de que se abstuvieran, esto no era motivo para que perdiesen la consideracion de herederos, y por lo tanto ni el grado ni el órden siguiente adquirian derecho alguno. Solamente, pues, podia tener lugar la devolucion de un grado á otro cuando se trataba de aquellos á quienes ó bien el edicto del pretor, ó bien las constituciones imperiales, llamaban entre los herederos *suyos*; entonces por analogía era aplicable la misma doctrina que aquí sienta Justiniano con respecto á los agnados.

Quamvis proximus.—En el caso de hallarse varios agnados en un mismo grado y de no querer ó de no poder algunos ser herederos, su porcion acrecerá á los que hubieren adido, los cuales trasmitirán el derecho á sus herederos respectivos si murieren antes de que tenga efecto el derecho de acrecer(1).

Imperfectô jure corrigentes. —Natural era que los pretores no concedieran á los agnados la devolucion de un grado á otro, como concesion opuesta al espíritu que dominó constantemente en sus edictos, que fué el de aprovechar cuanto pudiera conducir al decaimiento del derecho de agnacion, y á la sucesion de los cognados.

Ex cognatorum ordine eos vocabant.—El pretor llamaba á los cognados con arreglo á la preferencia de su grado; así, si á la muerte de determinada persona, quedaban dos hermanos y un hijo de otro hermano, y uno de los dos hermanos repudiaba la herencia, sería admitido solamente el otro hermano con esclusion del sobrino.

8 Ad legitimam successionem nihilominùs *vocatur* etiam *parens*, qui, contractâ fiduciâ, filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deincèps, emancipat (*a*). Quòd ex nostrâ constitutione omnimodò inducitur, ut emancipationes liberorum sempèr videantur contractâ fiduciâ fieri; cum apud antiquos non alitèr hoc obtinebat, nisi specialitèr contractâ fiduciâ parens manumisisset (*b*).

Del mismo modo es admitido á la sucesion legítima el ascendiente que emancipa al hijo ó hija, nieto ó nieta y asi sucesivamente, con la cláusula de fiducia (*a*). Pero con arreglo á una de nuestras constituciones imperiales, las emancipaciones de los hijos se entienden hechas siempre con la cláusula de fiducia, lo cual entre los antiguos no tenia lugar á no haberse especialmente puesto en la emancipacion (*b*). 8

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Modestino. (Ley 10, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) La constitucion á que alude es la ley 6, tít. XLVIII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Vocatur parens.—Con arreglo á la ley de las Doce Tablas, ningun

(1) Ley 9, tit. XVI, lib. XXXVIII del Dig.

ascendiente, en calidad de tal, sucedia á su descendiente, porque los que se hallaban sometidos á potestad no tenian entonces nada propio, y si habian sido emancipados, los ascendientes que les sobrevivian no estaban ligados á ellos con los vínculos de familia, vínculos que nunca eran extensivos á los ascendientes maternos. Así, el emancipado no tenia agnados: en su lugar tenia, igualmente que los libertos, un patrono que debia sucederle; y como se ha dicho en otro lugar (1) que el padre, en virtud de la cláusula de fiducia, conseguia que le quedaran salvos los derechos de patronato, resulta que el padre emancipante era el que venia á suceder al hijo, no en el concepto de ascendiente, sino en el de patrono. En esta sucesion cuando no habia herederos *suyos*, era preferido á todos los demás parientes, lo que estuvo en vigor hasta el tiempo de Justiniano, el cual decidió (2) que tuvieran la preferencia los hermanos y hermanas del emancipado, si bien esto despues experimentó otra reforma, de que hablaré al tratar del novísimo modo de suceder introducido por el mismo Emperador.

Con el mismo órden y á las mismas personas se deferia la sucesion del hijo de familia en lo que hacia relacion al peculio adventicio, desde los tiempos de Teodosio y Valentiniano (3), reglas que Justiniano hizo extensivas á los peculios castrense y cuasi-castrense (4).

TITULUS III.

De senatus-consulto Tertulliano.

TÍTULO III.

Del senado-consulto Tertuliano.

Trátase en este título del modo de suceder la madre al hijo que muere *ab intestató*.

Lex duodecim tabularum ita strictô jure utebatur, et præponebat masculorum progeniem, et eos, qui per feminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeò expellebat, ut ne quidèm inter matrem et filium filiamve ultrò citròque hæreditatis capiendæ jus daret, nisi quòd *prætores* ex proximitate cognatorum *eas* personas ad successionem, bonorum possessione UNDE COGNATI accommodatâ, *vocabant*.

La ley de las Doce Tablas era tan rigurósa en preferir la descendencia de los varones y en excluir el parentesco por hembras, que ni aun daba el derecho mútuo de suceder entre la madre y el hijo y la hija; mas los pretores admitian á la herencia como cognados, segun su proximidad, á las referidas personas, dándoles la *bonorum posession* UNDE COGNATI.

(1) Comentario al §. 6, tit. XII, lib. I de estas Inst.
(2) Ley 2, tit. LVI, lib. VI del Cód.
(3) Leyes 3 y 4 del tit. LXI; y ley 11 del tit. LIX del lib. VI del Cód.
(4) §. inicial del tit. XII del lib. II de estas Inst.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 24, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Lex duodecim tabularum.—La ley de las Doce Tablas, como se ha dicho en otras ocasiones, solo llamaba á la sucesion á los herederos *suyos* y á los agnados. Esto supuesto, la madre y los hijos no eran entre sí ni herederos *suyos* ni agnados: no eran herederos *suyos*, porque ni la madre tenia potestad sobre los hijos, ni menos los hijos sobre la madre; no pertenecian á la clase de agnados, porque la mujer era estraña á la familia del marido, á no ser que hubiera entrado en esta por alguno de los medios solemnes que la constituian en potestad, *in manu viri*, pues entonces se hacia hija de familia, y de consiguiente era considerada como hermana de sus hijos: mas en tiempo de Justiniano esta clase de potestad se hallaba ya del todo desusada.

Prætores eas vocabant.—Aun despues que las madres y los hijos fueron admitidos recíprocamente á la sucesion como cognados, estaban excluidos por el órden de agnados que era llamado con preferencia.

1 Sed hæ juris angustiæ posteà emendatæ sunt. Et *primus* quidèm *divus Claudius* matri, ad solatium liberorum amissorum, legitimam eorum detulit hæreditatem.
2 Posteà autem *senatus-consultó Tertullianó*, quod divi Hadriani temporibus factum est, *plenissimè* de *tristi successione* matri, *non etiam aviæ*, deferendâ cautum est: ut mater *ingenua trium liberorum* jus habens, *libertina quator*, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum (*a*), *licèt in potestate parentis est*, ut scilicêt, cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat,
3 cujus juri subjecta est (*b*). *Præferuntur* autem *matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum locô* sive primi gradus, *sive ulterioris* (*c*). Sed et *filiæ suæ mortuæ filius vel filia opponitur* ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. *Pater* quoquè *utriusque*, non etiam avus vel proavus, matri anteponitur, scilicet *cum inter eos solos de*

Pero este rigor del derecho fué 1
mitigado posteriormente. El Emperador Claudio aparece como el primero que para consolar á una madre por la pérdida de sus hijos, le concedió su sucesion legítima. Despues 2
en tiempo del Emperador Adriano se dió el senado-consulto Tertuliano, que por regla general llama á la madre, pero no á la abuela, á percibir la triste sucesion de sus hijos; de modo que la madre ingénua con tres hijos y la libertina con cuatro son admitidas á la herencia de sus hijos y de sus hijas muertàs sin testamento (*a*), aunque se hallen en potestad paterna; mas en este caso deben hacer la adicion por órden de áquel á cuya potestad se encuentran sometidas (*b*). Son preferidos á la 3
madre los herederos *suyos* ó los que ocupan el lugar de ellos, bien sean de primero, ó bien de ulterior grado (*c*). En virtud de las constituciones imperiales, el hijo ó la hija de una hija que ha muerto siendo *sui*

hæreditate agitur. Frater autem *consanguineus* tam filii quam filiæ *excludebat matrem;* soror autem consanguinea paritèr cum matre admittebatur: sed si fuerat frater et soror consanguinei, et mater liberis honorata, frater quidèm matrem excludebat, communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratri et sorori (*d*).

juris, es preferido á la madre de esta, esto es, á la abuela de ellos. Del mismo modo el padre, pero no el abuelo ni el bisabuelo, es preferido en ambos casos á la madre, cuando se trata de la sucesion entre ellos solamente. El hermano consanguíneo del hijo ó de la hija escluia á la madre: la hermana consanguínea era admitida con esta; mas habiendo un hermano y una hermana consanguíneos, y teniendo la madre el derecho de hijos, el hermano escluirá á la madre, y la herencia se partirá por iguales porciones entre el hermano y la hermana (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 8, tít. XXVI de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 6, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 8, tít. XXVI de sus Reglas, antes citado.)
(*d*) Conforme con Ulpiano. (§§. 15, 16, 18 y 19, tít. XXVII, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Primus divus Claudius.—Limitóse el Emperador Claudio á conceder á una madre que habia perdido sus hijos, la gracia especial de sucederles.

Senatus-consultô Tertullianô.—Este senado-consulto es del año 911 de la fundacion de Roma, vigésimo del imperio de Antonino Pio, á quien el texto da el nombre de Adriano, que él usaba alguna vez, porque asi se llamaba su padre adoptivo: esta es la opinion de Cujas seguida por muchos respetables jurisconsultos.

Plenissimè.—Alude esta palabra á que hasta entonces ninguna medida general habia favorecido á las madres.

Tristi successione.—Herencia *luctuosa* llama Justiniano en otro lugar (1) á la que la madre recoge de los hijos, que turbado el órden de mortalidad la preceden en el sepulcro.

Non etiam aviæ.—El respeto al antiguo derecho debió sin duda originar que solo se otorgase á la madre, y no á la abuela y á otros ascendientes, la sucesion: ya se verá en otra parte que Justiniano avanzó mas en este camino.

Ingenua trium liberorum, libertina quatuor.—El senado-consulto

(1) Ley 9, tít. XXV, lib. VI del Cód.

Tertuliano estaba dominado por las mismas ideas que habian presidido á la ley Papia Poppea: no concedia indistintamente á las madres la sucesion de los hijos, sino solo cuando estos eran tres ó cuatro, segun que aquellas estuviesen en la condicion de ingénuas ó de libertinas. Para aprovecharse de este beneficio, los hijos debian ser vivos, nacidos en tiempo légitimo; contábanse como uno solo, dos ó mas que hubiera habido dē un parto, y no aprovechaban los abortivos, ni los mostruosos (1). El Emperador, sin embargo, suplia todos estos defectos, y lo que es mas, otorgaba á algunas madres el derecho de suceder aunque no tuvieran el número prefijado de hijos, ni las demás condiciones que exigia el senado-consulto Tertuliano.

Licèt in potestatē parentis est.—Como por el matrimonio la mujer no salia de la potestad de su padre, á cuya familia continuaba perteneciendo, podia ocurrir con frecuencia el caso de que habla el texto.

Præferuntur matri liberi defuncti.—Los descendientes del difunto, bien sean varones ó hembras, excluyen á la madre, lo cual el jurisconsulto Paulo (2) califica de muy conforme á los principios de equidad; pero para que esta exclusion tuviese lugar, era necesario que alguno de los descendientes fuese heredero realmente (3).

Qui sui sunt.—Es claro que el texto habla del caso de la muerte de un hijo, porque la hija no podia tener los hijos en su potestad. Como los hijos adoptivos estaban comprendidos bajo la denominacion de herederos *suyos*, no admite duda que excluian á la madre (4); pero si fueran emancipados, solo serian preferidos en el caso de que la adopcion hubiese sido hecha por un ascendiente (5).

Quive suorum locô.—Segun queda dicho en otras ocasiones, á esta clase de descendientes que ocupan el lugar de herederos *suyos*, corresponden los hijos emancipados y despues los descendientes de la hija.

Sive ulterioris.—Es decir, nietos, biznietos ú otros descendientes.

Filiæ suæ mortuæ.—Este texto procede en el supuesto de que la hija fuera *sui juris*, que es lo que quiere decir la palabra *suæ*.

Filius vel filia opponitur.—Tambien los nietos y nietas y los demás descendientes son admitidos y preferidos á la madre del difunto, con arreglo á una constitucion de los Emperadores Teodosio y Valentiniano (6).

Pater.—Entiéndese esto del padre natural, no del adoptivo (7).

---

(1) Titulo IX, lib. IV de las Sentencias de Paulo.
(2) §. inicial, ley 5, tit. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(3) §. 14, ley 2, tit. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(4) §. 2, tit. I de estas Inst.
(5) §. 6, ley 2, tit. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(6) Ley 11, tit. LV, lib. VI del Cód.
(7) §. 15, leyes 2 y 3, tit. XVII lib. XXXVIII del Dig.

Utriusque.—Esto es, del hijo ó hija que han muerto sin testar.

Cum inter eos solos de hæreditate agitur.—Algunos intérpretes han aplicado las palabras *inter eos solos* al padre y á la madre, lo cual es un error, porque el padre siempre excluye á la madre. Con arreglo á lo que antecede, parece que deben entenderse estas palabras del caso en que concurran á la herencia el abuelo ó el bisabuelo con la madre.

Frater consanguineus excludebat matrem.—En el hecho de limitarse el texto á los hermanos consanguíneos, parece que debe sacarse la consecuencia de que ni los hermanos ni hermanas uterinas, ni otros agnados ó cognados, debian ser preferidos á la madre en la sucesion. Respecto á los hermanos uterinos, al tratar de la novela 118 se verá la gran novedad que respecto á ellos hizo Justiniano.

4 Sed nos constitutione, quam in codice nostrô nomine decoratô posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, et puerperium et periculum et sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideòque *impium esse credidimos*, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum: si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immeritò defraudabatur successione suorum liberorum: *quid enim peccavit*, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, et si non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantùm vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.

Mas nosotros en una constitucion que hemos insertado en el Código que lleva nuestro nombre, tomando en consideracion los vínculos de la naturaleza, los peligros y aun la muerte que el parto á veces ocasiona á las madres, hemos creido que debíamos favorecerlas. Reputamos como una cosa impía convertir en su daño un caso puramente fortuito; porque injustamente se las defraudaba de la sucesion de sus hijos cuando no tenian tres si eran ingénuas, ó cuatro si eran libertinas. ¿En qué delinquió la madre que parió pocos y no muchos hijos? Por esto hemos dado un derecho legítimo y cumplido de suceder á las madres, bien sean ingénuas, bien libertinas, aunque no hayan tenido tres ó cuatro hijos, sino solo aquel ó aquella que les ha sido arrebatado por la muerte: de este modo son llamadas á la sucesion legítima de sus hijos. 4

ORÍGENES.

La constitucion á que alude este texto es la ley 2, tít. LVIII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Impium esse credidimus.—Como se verá en el párrafo siguiente, otros Emperadores anteriores á Justiniano habian dulcificado la condi-

cion de las madres en lo tocante á la sucesion de sus hijos. Las distintas consideraciones que movieron á los legisladores, dan la clave para explicar las diferentes disposiciones que rigieron en esta materia. El senado-consulto Tertuliano tuvo por objeto moralizar á las mujeres, excitarlas por medio de premios á la procreacion y educacion de sus hijos, hacer menos frecuente el detestable acto de exponer á los niños, y evitar los abortos que algunas procuraban en la relajacion general de las costumbres. Así es que lo que Justiniano llama *impio* en este texto, debió parecer racional y prudente en los tiempos de Antonino Pio.

Quid enim peccavit.—He indicado antes que el senado-consulto Tertuliano estaba calcado sobre los principios fundamentales de la ley Papia Poppea: segun esta, los casados que no tenian hijos, aunque no hubieran cometido ninguna falta, porque no podian prever antes de casarse la infecundidad de sus mujeres, eran á veces de peor condicion que los que, mas afortunados, tenian descendencia á que trasmitir su nombre y su fortuna. No puede negarse por lo tanto que los antiguos legisladores fueron consecuentes, aunque se suponga que no anduvieron atinados.

5 Sed cum anteà constitutiones jutra legitima perscrutantes, *partìm* matrem *abjuvabant*, *partìm* eam *prægravabant*, et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus, tertiam partem ei abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant (*a*); nobis visum est, rectâ et simplici viâ *matrem* omnibus legitimis personis *anteponi*, et sine ullâ deminutione filiorum suorum successionem accipere, exceptâ fratris et sororis personâ, *sive consanguinei* sint, *sive sola cognationis jura habentes*, ut, quemadmodùm eam toto alio ordini legitimo præposuimus, ità omnes fratres et sorores, sive legitimi sint, sive non, ad capiendas hæreditates simùl vocemus, ità tamen, ut si quidèm solæ sorores, agnatæ, vel cognatæ, et mater defuncti vel defunctæ supersint, *dimidiam quidèm mater*, alteram verò dimidiam partem omnes sorores habeant, si verò matre superstite et fratre vel fratribus solis, vel etiam

Las antiguas constituciones relativas á los derechos de la sucesion legitima en parte favorecian á la madre y en parte la perjudicaban: no la llamaban á toda la sucesion, sino que en algunos casos deducian una tercera parte para darla á ciertos agnados, y en otras ocasiones hacian lo contrario (*a*). Nosotros hemos tomado un camino mas recto y sencillo, anteponiendo la madre á todos los agnados y dándole la sucesion de sus hijos sin diminucion alguna, esceptuados sin embargo los hermanos y hermanas, bien sean consanguíneos ó bien simplemente cognados. De este modo, asi como llamamos á la madre prefiriéndola á todo el órden de agnados, queremos que concurran con ella para recoger la herencia todos los hermanos y hermanas, sean ó no agnados. Mas esto se entiende de suerte que si solo quedan con la madre del difunto ó de la difunta hermanas agnadas ó cognadas, la madre tenga la mitad y la otra mitad todas las her- 5

cum sororibus, sive legitima sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita distribuatur ejus hæreditas (*b*).

manas; pero si el hijo deja ademas de la madre, un hermano ó hermanos solos, ó tambien con hermanas, agnados ó simplemente cognados, la herencia *ab intestató* se partirá entonces *in capita* (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Alude á dos constituciones; del Emperador Constantino una, y otra de Teodosio y Valentiniano, que estan en el Código Teodosíano. (Leyes 1 y 7, tít. 1, libro V.)

(*b*) Se refiere á su constitucion, que es la Ley 7, tít. LVI, lib. VI del Cód.

Comentario.

Partim adjuvabant, partim prægravabant.—El Emperador Constantino (1) estableció que la madre que tuviera el *derecho de hijos* (*jus liberorum*) concurriese á la sucesion de su hijo, no solamente con una hermana consanguínea, sino tambien con el tio paterno y sus descendientes hasta el segundo grado; en este último caso debia percibir dos tercios de la herencia, y un tercio solamente si no tenia el *jus liberorum*. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano (2) dieron al hermano emancipado, que era antes excluido por la madre, iguales derechos que los que tenian el tio paterno y sus descendientes, y declararon al propio tiempo que la madre que no tuviera el *jus liberorum*, no dejara mas que una tercera parte para el tio carnal y los agnados. Vése, pues, que estas constituciones imperiales en parte mejoraban y en parte empeoraban la condicion de las madres respecto al derecho de suceder á sus hijos; la mejoraban, porque cuando la madre no tenia el número de hijos señalado, recibia dos terceras partes de la herencia con preferencia á aquellos agnados por los que era antes excluida; la empeoraban, porque aunque la madre tuviera el número competente de hijos, si concurrian á la sucesion un tio paterno ó sus descendientes hasta el segundo grado, ó un hermano emancipado, solo podia percibir los dos tercios de la herencia que antes integramente le correspondia.

Matrem anteponi.—Consiguiente á esto era que la madre excluyera al tio paterno y á los agnados mas lejanos, sin distincion de si tenia ó no el número de hijos determinado antiguamente.

Sive consanguinei, sive sola cognationis jura habentes.—Segun el senado-consulto Tertuliano, los hermanos consanguíneos excluian á la madre, esta á los hermanos uterinos, y la madre y las hermanas

---

(1) Ley 1, tit. 1, lib. V del Código Teodosiano.
(2) Ley 7 del mismo título y libro.

consanguíneas eran admitidas igualmente. Justiniano cambió estas disposiciones, llamando á la madre con los hermanos consanguíneos y uterinos, en los términos que el texto manifiesta.

Antes de pasar al párrafo siguiente, debo añadir alguna cosa para completar la explicacion de este texto. Si además de la madre, hermanos y hermanas, concurria el padre á la sucesion, y el hijo era *sui juris*, pertenecian al padre y á la madre las dos terceras partes del usufructo, y la otra tercera parte y la propiedad de toda la herencia á los hermanos y hermanas; mas si el hijo al tiempo de la muerte estaba constituido en potestad, el padre conservaba sin diminucion alguna el usufructo de que disfrutaba en vida de él, y, á manera de compensacion, la madre era llamada á la propiedad con los hermanos y hermanas del difunto (1). Cuando no habia hermanos ni hermanas, sino solo padre y madre, el padre como manumitente excluia á la madre, siguiéndose entonces los principios del derecho antiguo (2).

Dimidiam quidèm mater.—Corrigió Justiniano en una novela (3) lo que aquí establece, disponiendo que cuando la madre concurriese solamente con sus hijas, obtuviese lo mismo que cualquiera de ellas; es decir, que cada una tuviera la porcion viril.

6 Sed quemadmodùm nos *matribus* prospeximus, ità eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod, si *tutores liberis* non *petierint* vel in locum remoti vel excusati *intra annum* petere neglexerint, ab eorum *impuberum morientium* successione meritò repellentur.

Mas del mismo modo que nosotros hemos consultado los intereses de las madres, deben ellas mirar por los de sus hijos, y saber que si se descuidan en pedir tutor para sus descendientes, ó en solicitar el nombramiento de otro que reemplace al removido ó al que se escusó dentro del año, con razon serán rechazadas de la sucesion de sus hijos que mueran en la impubertad. 6

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 2, tít. VI, lib. XXVI del Dig.)

Comentario.

Matribus.—Lo que aquí se dice de la madre es extensivo tambien á la abuela que no pide oportunamente tutor para sus nietos (4).

Tutores.—Lo mismo debe decirse respecto á los curadores, cuan-

---

(1) §. 1, ley 7, tít. LVI, lib. VI del Cód.
(2) Ley 2, tít. LVI, lib. VI del Cód.
(3) §. 2, cap. 27 de la nov. 22.
(4) §. 28, ley 2, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.

do la madre dejó de pedirlos para sus hijos impúberos, en los casos en que procede este nombramiento (1).

Liberis.—Esta palabra no solo comprende los descendientes legítimos, sino tambien los naturales, á los cuales sucedia igualmente la madre *ab intestatô.*

Petierint.—Para que la madre no fuese rechazada de la herencia de su hijo, no solo debia pedir tutor, sino hacer que se compeliera á este á encargarse de la tutela.

Intra annum.—La madre, á no estar impedida por alguna causa grave, como la de enfermedad ú otra semejante, debia pedir inmediatamente el tutor para su hijo; pero nunca debia dejar pasar un año sin hacerlo (2): mas si era menor de edad, esta omision no le perjudicaba.

Impuberum morientium.—No habia lugar á excluir á la madre que se habia descuidado en pedir tutor, cuando su hijo llegaba á la pubertad, porque se presume que este en el hecho de tener capacidad para otorgar testamento y de preferir morir intestado, perdona el daño que pudo haber recibido, y por lo tanto que tácitamente quiere que su madre le suceda (3). Así expresamente lo declaró el Emperador Constantino (4).

7 Licèt autem *vulgò quæsitus* sit filius filiave, potest ad bona ejus mater ex Tertullianô senatus-consultô admitti.	La madre es admisible en virtud del senado-consulto Tertuliano á la sucesion del hijo ó de la hija habidos de padre incierto. 7

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, tít. X, lib. IV de sus Sentencias.)

Comentario.

Vulgò quæsitus.—El senado-consulto Tertuliano se fundaba únicamente en los vínculos de la naturaleza para llamar á las madres á la sucesion de sus hijos, no en el vínculo civil.

---

(1) §. 29, ley 2, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §. 43, ley 2, tít. XVII, lib. XXXVIII del Dig.
(3) §. 1, ley 8, tít. VII, lib. XXIX del Dig.
(4) Ley 3, tít. LVI, lib. VI del Cód.

TITULUS IV.

De senatus-consulto Orphitiano.

TITULO IV.

Del senado-consulto Orficiano.

Del mismo modo que las leyes de las Doce Tablas no llamaron á las madres á la sucesion de sus hijos, tampoco por razones análogas concedieron á los hijos las sucesiones intestadas de las madres. Pero así como se vino en auxilio de las primeras, se atendió despues á las poderosas razones que abogaban en favor de los segundos: esto se hizo por el senado-consulto Orficiano.

Per contrarium autem, ut liberi ab bona matrum intestatarum admittantur, senatus-consultô Orphitianô, Orphitô et Rufô consulibus, effectum est, quod latum est *divi Marci temporibus*. Et data est tàm filio, quàm filiæ legitima hæreditas, *etiam si alieno juri subjecti* sunt; et *præferuntur* et *consanguineis et agnatis* defunctæ matris.

Por el contrario, el senado-consulto Orficiano estableció la admision de los hijos á los bienes de sus madres que morian intestadas. Este senado-consulto se hizo en tiempo del Emperador Marco Aurelio, siendo cónsules Orfito y Rufo. En su virtud la herencia legítima se defiere al hijo ó á la hija, aunque esten sometidos al poder paterno, y son preferidos á los consanguíneos y á los agnados de la madre que ha fallecido.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano (§. 7 tít. XXVI de sus Reglas.)

Comentario.

Divi Marci temporibus.—En el imperio de Marco Aurelio y de Commodo se dió este senado-consulto, como dice Ulpiano en el lugar citado en los orígines, si bien designando á Marco Aurelio con su nombre de adopcion, Antonino. Esto sucedió en el año 931 de la fundacion de Roma, veinte años despues de dado el senado-consulto Tertuliano, del que debe considerarse como continuacion el que es objeto de este título.

Etiamsi alieno juri subjecti.—Si los hijos ó hijas estaban sujetos á patria potestad, necesitaban autorizacion de su padre para adir la herencia, como en igual caso sucedia con la madre segun se ha visto en el título precedente.

Præferuntur consanguineis et agnatis.—Los hijos no tenian el carácter de herederos *suyos* con respecto á la madre, pero ocupando el lugar de tales, entraban á suceder con preferencia á los agnados y eran

antepuestos á su abuelo materno, porque al padre solo competia el derecho de sucesion en defecto de descendientes. Una constitucion de los Emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio (1), declaró que debian ser tambien preferidos en la sucesion cuando concurrian con su abuela materna, que invocaba en su favor el senado-consulto Tertuliano.

1 Sed cum ex hoc senatus-consultô *nepotes ad aviæ successionem* legitimô jure *non vocabantur*, posteà hoc *constitutionibus principalibus* emendatum est, ut, ad similitudinem filiorum filiarumque, et nepotes et neptes vocentur.

Mas como los nietos no eran llamados por este senado-consulto á la sucesion de su abuela, las constituciones imperiales corrigieron este punto y llamaron á los nietos, á ejemplo de los hijos y de las hijas. 1

ORÍGENES.

Alude á una constitucion de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, que es la ley 9, tít. LV, lib. VI del Cód. Just.

Comentario.

Nepotes ad aviæ successionem non vocabantur.—Del mismo modo que el senado-consulto Tertuliano solamente llamó á la madre para suceder á sus hijas y no á la abuela, así por una razon análoga el senado-consulto Orficiano no llamó á los nietos ni á las nietas, sino solo á los hijos y á las hijas, para que sucedieran á las madres. El respeto al antiguo derecho detuvo sin duda á los legisladores en el primer grado de parentesco, por la línea recta; bastante tiempo pasó antes de ser extensiva la sucesion á otros.

Constitutionibus principalibus.—La constitucion de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio que queda citada en los orígenes, y de que he hablado en otros lugares (2), declaró á los nietos el derecho de suceder á sus abuelos maternos y á la abuela paterna, de modo que obtuvieran la porcion del que les habia precedido, con la deducion de una tercera parte reservada á los coherederos de su madre, ó de una cuarta parte para los agnados á quienes estos descendientes excluian (3): disposiciones que alteró Justiniano, suprimiendo primeramente la reserva de la cuarta parte á favor de los agnados (4), y despues por una novela (5), la de la tercera parte que debia hacerse á favor de los coherederos de la madre.

(1) Constitucion V, lib. V del Código Teodosiano.
(2) Al comentar los §§. 15 y 16 del tít. I de este Libro.
(3) Ley 4, tít. I, lib. V del Código Teodosiano, de que se encuentran vestigios en la ley 9, tít. LV, lib. VI del Código Justiniano, que es la citada en los orígenes.
(4) Ley 12, tít. LV, lib. VI del Código Justinianeo.
(5) Capítulo 4 de la novela 18.

2 Sciendum est autem, hujusmodi successiones, quæ à Tertullianô et Orphitianô deferuntur, *capitis-deminutione* non perimi, propter illam regulam, quâ novæ hæreditates legitimæ capitis-deminutione non pereunt, sed illæ solæ, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.

Debe saberse que la capitis-diminucion no es obstáculo para las sucesiones que se defieren con arreglo á los senado-consultos Tertuliano y Orficiano, segun una regla en cuya virtud la capitis-diminucion no impide las sucesiones legítimas nuevamente introducidas, sino solamente aquellas que traen su orígen de la ley de las doce tablas. 2

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano (§. 8, ley 1. tit. XVII, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Capitis deminutione.—Debe entenderse esto de la capitis-diminucion mínima, no de la máxima ni de la media, porque para suceder, aunque fuera en virtud de los senado-consultos Tertuliano y Orficiano, se necesitaba ser ciudadano al tiempo de la adicion de la herencia (1). La razon de que la capitis-diminucion mínima destruyese el derecho de suceder emanado de la ley de las Doce Tablas, consistia en que por esta el llamamiento á la sucesion era un derecho de la familia civil, al mismo tiempo que las demás disposiones atendian solamente á los vínculos de la sangre.

3 Novisimè sciendum est, etiam illos liberos, *qui vulgò quæsiti sunt,* ad matris hæreditatem ex hôc senatus-consultô admitti.

Debe saberse novísimamente que tambien son admitidos por este senado-consulto á la sucesion de la madre, los que son hijos de padre incierto. 3

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, tit. X, lib. IV de sus Sentencias.)

Comentario.

Qui vulgò quæsiti sunt.—La madre, por el mero hecho de serlo, no estaba unida á sus hijos por los lazos de la familia civil: cuando se la consideraba con relacion á ellos, solamente se atendia á los vínculos de la sangre, y por lo tanto no habia ninguna diferencia para los efectos de la sucesion, bien fueran nacidos de justas nupcias, ó bien habidos en concubinato, ó bien de padre incierto. Justiniano introdujo en este punto una reforma; por ella al mismo tiempo que conservó á los hijos habidos en concubinato los derechos á la sucesion materna

(1) §. 3, tít. X, lib. IV de las Sentencias de Paulo.

en todos los casos, estableció respecto á los que eran de padre incierto, *spurii*, que no pudiesen percibir nada, ni por donacion *inter vivos*, ni por testamento, ni *ab intéstatô*, de una madre ilustre que tuviera hijos habidos en justas nupcias.

4 Si ex pluribus *legitimis hæredibus* quidam omiserint hæreditatem, vel morte, vel aliâ causâ impediti fuerint, quominus adeant: *reliquis, qui adierint, accrescit* illorum *portio*, et, *licèt antè decesserint*, qui adierint, *ad hæredes* tamen eorum *pertinet*.

Si habiendo muchos herederos legítimos, algunos omiteren hacer la adicion de la herencia, ó no pudieren hacerla por haber muerto ó por cualquier otro impedimento, su parte acrecerá á los que hubiesen hecho la adicion ó á los herederos de los que murieron despues de haber adido. 4

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. 26, tít. VIII, lib. IV de sus Sentencias.)

Comentario.

Legitimis hæredibus.—Aplica aquí Justiniano á los herederos legítimos la doctrina del derecho de acrecer que tiene lugar respecto á ellos como á las demás clases de herederos: en otro lugar (1) he explicado suficientemente este punto. Adviértese desde luego que en este párrafo no se limita el Emperador al senado-consulto Orficiano.

Reliquis, qui adierint, acrescit portio.—Lo mismo sucede en el caso de que sea un solo agnado de los que esten en grado mas próximo, el que haya adido la herencia.

Licèt antè decesserint ad hæredes pertinet.—Como, segun queda dicho en otro lugar, el derecho de acreer en las herencias es necesario, se infiere que en el hecho de adir alguno, adquiere implícitamente el derecho de que se aumente á la parte que le tocó la que en proporcion le corresponda por la falta de las personas que eran llamadas con él á la misma sucesion, derecho que como radicado en él se trasmite á sus herederos. Así, fundadamente se dice que la porcion acrece á la porcion, sin consideracion á la persona; lo cual induce diferencia entre el derecho de acrecer y la sustitucion, en la que la herencia jamás se defiere á los que han muerto, no pudiendo por lo tanto aprovechar la repudiacion ó la muerte del instituido á los herederos del sustituto que moria antes.

(1) Al comentar el §. 8 del tit. XX. lib. II.

TITULUS V.

De successione cognatorum.

TITULO V.

De la sucesion de los cognados.

Despues de habèr hablado de los dos primeros órdenes de suceder por las leyes de las Doce Tablas, y manifestado las personas que respectivamente fueron admitidas á recibir integramente la herencia ó á participar de ella con los herederos *suyos* y con los agnados, ya por los edictos de los pretores, ya por las constituciones imperiales, parece que debia tratarse de la sucesion de los *gentiles*, tercer órden de suceder que las leyes decemvirales habian introducido. Este órden de sucesion, en la era de los grandes jurisconsultos, figuraba en mi concepto solamente como histórico, habiendo sido reemplazado por el de los cognados, introducido por el derecho pretorio. Poca utilidad para la inteligencia de los textos romanos podria traer aquí el detenerse en prolijas y laboriosas investigaciones acerca de la verdadera significacion de una palabra, muy importante sin duda en su época, pero que ni es fácil fijar en la acepcion verdadera que tuvo, ni por otra parte cabe en los límites de la tarea que me he trazado. Solo diré que, adoptando la opinion de Niebuhr, creo que la *gente* era una agregacion política de diferentes familias pertenecientes á una misma casta, que no estaban unidas con los vínculos de la sangre, y que formaban una especie de unidad por la division territorial de la ciudad en que habitaban y por tener un nombre comun, sacrificios comunes, *sacra gentilitia*, y una participacion comun tambien en las funciones del órden político. Mas prescindiendo de esto, y atendiendo solamente á la sucesion intestada, tal como la presentan las Instituciones de Justiniano debe considerarse como tercer órden de suceder el de los cognados, de que trata este título.

Post suos hæredes, eosque, quos inter suos hæredes prætor et constitutiones vocant, et post legitimos (quô numerô sunt agnati, et hi, quos in locum agnatorum tàm supradicta senatus-consulta, quàm nostra erexit constitutio), proximos cognatos prætor vocat.

Despues de los herederos suyos y de aquellos á quienes el pretor y las constituciones colocan entre los herederos *suyos*, y despues de los herederos legitimos (esto es, los agnados y aquellos que los senado-consultos antes referidos y nuestra constitucion colocan entre los agnados), el pretor llama á los cognados mas próximos.

ORÍGENES.

Conforme con Modestino. (Ley 1, tit. XV, lib. XXXVIII del Dig.)

1 Quâ parte naturalis cognatio spectatur. Nam *agnati capite deminuti*, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed *à prætore* tertiò ordine *vocantur* (*a*), exceptis solis tantummodò fratre et sorore emancipatis, non etiam liberis eorum, quos *lex Anastasiana* cum fratribus integri juris constitutis vocat quidèm ad legitiman fratris hæreditatem sive sororis, non æquis tamen partibus, sed cum aliquâ deminutione, quam facilè est ex ipsius constitutionis verbis colligere, aliis verò agnatis inferioris gradus, licèt capitis-deminutionem passi non sunt, tamen eos anteponit, et procul dubiò cognatis (*b*). Hos etiam, qui per
2 feminini sexus personas *ex transversó* cognatione junguntur, *tertiò gradu proximitatis nomine*, prætor ad successionem vocat (*c*). Liberi
3 quoquê, *qui in adoptivâ familiâ sunt*, ad naturalium parentum hæreditatem hôc eôdem gradu vocantur (*d*).

En este órden de suceder tan solo se atiende á la cognacion natural: 1
asi los agnados que han sufrido la capitis-diminucion y sus descendientes, no son contados entre los herederos legitimos por las leyes de las Doce Tablas, sino llamados por el pretor en el tercer órden de suceder (*a*). Esceptúanse tan solamente el hermano y la hermana emancipados, y no sus descendientes; aquellos son llamados por la ley del Emperador Anastasio para que concurran á la herencia legitima del hermano ó de la hermana con los demás hermanos que han conservado íntegro el derecho de la agnacion, aunque no por partes iguales, sino con alguna diminucion que fácilmente puede conocerse por las palabras de la constitucion referida. Los que se hallan en este caso son preferidos á los agnados de grado inferior, aunque estos no hayan sufrido la capitis-diminucion, y con mayor razon á los cognados (*b*). El pretor llamá 2
igualmente á la sucesion en tercer grado, y con arreglo á su proximidad, á los colaterales que son parientes del difunto por hembras (*c*). 3
Los descendientes que estan en una familia adoptiva son tambien llamados en este tercer órden á la sucesion de sus padres naturales (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 27, Com. III de sus Inst.)
(*b*) De la constitucion del Emperador Anastasio, á que el texto se refiere, hay vestigios en la ley 4, tít. XXX, lib. V del Cód.
(*c*) Conforme con Cayo. (§. 30, Com. III de sus Inst.)
(*d*) Copiado de Cayo. (§. 31, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Agnati capite deminuti. — Entiéndese esto de la capitis-diminucion mínima por la que se perdian los derechos de familia, porque la máxima y la media, como en otras ocasiones he manifestado, hacian incapaces á los que la padecian, de poder suceder á un ciudadano romano.

A prætore vocantur.—El pretor solo atendia á los vínculos de la sangre, que quedaban subsistentes en los que sufrian la capitis-diminucion mínima, aunque dejaran de pertenecer á la misma familia civil.

Lex Anastasiana.—Segun dice Teófilo en su *Paráfrasis*, la constitucion del Emperador Anastasio prevenia que si moria alguno dejando un hermano que no hubiera sufrido capitis-diminucion y otro que la hubiera sufrido, ambos fueran llamados á la herencia del hermano ó de la hermana difuntos, pero no por iguales porciones, porque dos terceras partes debian darse al primero, y solamente una tercera parte al segundo. Esta constitucion no se encuentra íntegra en el Código *repetitæ prælectionis*; debió sin duda tener cabida en el de Justiniano, pues de otro modo no se recomendaria en este texto su lectura; pero el haber dado despues Justiniano en el año 534 una constitucion (1) en que concedia á los hermanos emancipados el derecho de suceder igual en un todo al de los que habian permanecido en la familia civil, debió aconsejar sin duda que no se insertara íntegramente la ley modificada de una manera considerable por otra posterior. Antes de ahora he hecho ya alguna indicacion respecto á esta constitucion del Emperador Anastasio (2).

Ex transversô.—Segun queda manifestado antes, los descendientes de mujer por línea recta, eran llamados entre los agnados, es decir, en el segundo órden de suceder: solo los parientes colaterales eran llamados en el tercero.

Tertiô gradu.—La palabra *gradus* está aquí usada impropiamente puesto que en su sentido estricto se refiere solo al cálculo de las generaciones, no al órden de suceder.

Proximitatis nomine.—Entendíase esto respecto á la cognacion, porque los agnados, aunque fueran mas remotos en grado, eran preferidos á los cognados mas próximos.

Qui in adoptivâ familiâ sunt.—Esta regla, despues de las reformas hechas por Justiniano en materia de adopciones, dejó de ser aplicable á la adopcion propiamente dicha, porque á pesar de ella quedaban intactos los derechos de la familia natural; mas era aplicable siempre que los emancipados se dan en arrogacion, porque Justiniano conservó á esta sus antiguos efectos.

4 Vulgò quæsitos nullum habere agnatum, manifestum est, cum agnatio à patre, *cognatio sit à matre; hi autem nullum patrem habere in-*	Es evidente que los hijos habidos de padre incierto no tienen ningun agnado, porque la agnacion viene de padre, y de la madre la cogna- 4

(1) §§. 1 y 3, ley 15, tit. XVIII, lib. VI del Cód.
(2) Al comentar el § 3 del tit. II de este libro.

telliguntur. Eâdem ratione nec inter se quidèm possunt videri consanguinei esse, quia consanguinitatis jus species est agnationis: tantùm igitur cognati sunt sibi, sicut et matris cognatis. Itaque omnibus istis eâ parte competit bonorum possessio, quâ proximitatis nomine cognati vocantur.

cion, y los que son hijos de padre incierto son reputados como si no lo tuvieran. Por el mismo motivo no son mútuamente cónsanguíneos, puesto que el derecho de consanguinidad es una especie de agnacion: son solo cognados entre sí y con los cognados de la madre. Por lo tanto á todos ellos compete la *bonorum posesion* en virtud de la parte del edicto en que el pretor llama á los cognados con arreglo á su proximidad.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (Ley 2, tít. VIII, lib. XXXVIII, del Dig.)

Comentario.

Cognatio sit à matre.—La madre siempre es cierta; de aquí es que nunca puede ponerse en duda la cognacion, esto es, el parentesco natural que existe entre los descendientes de una misma madre y con los parientes de esta.

Nullum patrem habere intelliguntur.—No puede decirse que los hijos nacidos de un concubinato tienen padre incierto; sin embargo, mientras no intervenga la legitimacion son asimilados á los espurios por lo que se refiere al poder paterno y á los derechos de familia. Pero, puesto que su padre es conocido y que existe verdaderamente el parentesco natural, parece que debian ser admitidos como cognados á la sucesion. Esto movió á Justiniano á fijar en una novela (1) los derechos de los hijos naturales á la sucesion de su padre que moria sin testamento y sin posteridad legítima, concediendo al efecto una sexta parte de la totalidad de los bienes, partible en porciones iguales entre ellos y su madre.

5 Hôc locô et illud necessariò admonendi sumus: agnationis quidèm jure admitti aliquem ad hæreditatem, *etsi decimô gradu sit*, sivè de lege duodecim tabularum quæramus, sivè de edictô, quô prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur (*a*). Proximitatis verò nomine his solis

Es necesario tambien hacer observar aquí que uno puede ser admitido á la herencia como agnado, bien sea segun la ley de las Doce Tablas, ó bien segun el edicto del pretor, en la parte que ofrece la *bonorum posesion* á los herederos legítimos, aunque esté en el décimo grado (*a*). Pero en el órden de proximidad, el 5

(1) §. 4, cap. 12 de la nov. 89.

prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, et *ex septimô à sobrinô sobrinâque nato natæve* (*b*).

pretor no concede la *bonorum posesion* mas que hasta el sexto grado de cognacion, y en el sétimo al hijo ó hija de hijos ó hijas de primos ó primas carnales (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 2, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 3, ley 1, tít. VIII, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Etsi decimô gradu sit.—La ley de las Doce Tablas llamó á los agnados en cualquier grado en que se hallaran: así lo ha dicho Justiniano antes de ahora (1) y ás lo dice tambien en otros lugares (2): por lo tanto, cuando el texto habla del décimo grado no debe entenderse limitativamente, sino solo como una indicacion que hizo Justiniano de un grado muy lejano.

Ex septimô à sobrinô sobrinâque nato natæve.—Los que nosotros llamamos primos carnales eran llamados en latin *consobrini*, como en otra ocasion queda dicho; los hijos de estos que estaban en sexto grado se llamaban *sobrini*, en el supuesto, pues, que uno de ellos tuviera hijos, estos hijos estarian con relacion al otro en sétimo grado.

TITULUS VI.

De gradibus cognationis.

TÍTULO VI.

De los grados de cognacion.

Habiendo manifestado en el libro primero de estas Instituciones los principios generales que sirven para la computacion de grados con objeto de hacer mas clara la inteligencia de las prohibiciones para contraer matrimonio, me limitaré en este título á la explicacion de las palabras que pudieran suscitar alguna dificultad.

Hôc locô necessarium est exponere, quemadmodùm gradus cognationis numerentur.

Quâ in re imprimis admonendi sumus, cognationem aliam suprà numerari, aliam infrà, aliam ex transversò, quæ etiam A LATERE dicitur. Superior cognatio est parentum; in-

Es necesario explicar aquí cómo se computan los grados de cognacion.

Ante todas cosas debemos advertir que el parentesco se cuenta ó subiendo, ó bajando, ó trasversalmente, á cuya última clase llamamos tambien parentesco lateral. La

(1) §. 3, tít. II, lib. III de estas Inst.
(2) §. 12, tít. VI de este libro; y §. 1, ley 2, tít. XVI, lib. XXXVIII del Dig.

ferior liberorum; ex transversô fratrum sororumve, eorumque, qui ex his progenerantur, et convenientêr *patrui, amitæ, avunculi, materteræ*. Et superior quidèm et inferior cognatio à primô gradu incipit; at ea, quæ ex transversô, numeratur â secundô.

cognacion que sube es la de los ascendientes, la que baja es la de los descendientes, y la lateral la de los hermanos, hermanas y la de sus descendientes, y por lo tanto la de los tios y tias paternos y maternos. La cognacion ascendente y descendente empieza en el primer grado: la lateral en el segundo.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. inicial y 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Patrui, amitæ, avunculi, materteræ.—La lengua latina es mas rica que la nuestra para indicar el orígen y el grado de los parentescos: esto hace que los textos romanos tengan mayor claridad que la que puede dárseles en la version castellana.

1 Primô gradu est suprà pater, mater; infrà filius, filia.

En el primer grado estan en línea ascendente el padre y la madre, y en la descendente el hijo y la hija 1

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 3, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

2 Secundô suprà avus, avia; infrà nepos, neptis; ex transversô frater, soror.

En segundo grado estan en línea ascendente el abuelo y la abuela; en la descendente el nieto y la nieta, y en la lateral el hermano y la hermana. 2

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 4, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

3 Tertiô suprà proavus, proavia; infrà pronepos, proneptis; ex transversô *fratris sororisque filius, filia*, et convenientèr patruus, amita: avunculus, matertera (*a*). Patruus est patris frater, qui Græcè πάτρως vocatur; avunculus est matris frater qui apud Græcos propriê μήτρως appellatur: et promiscuè θεῖος dicitur. Amita est patris soror; matertera verò matris soror; utraque

En tercer grado estan en línea ascendente el bisabuelo y la bisabuela; en la descendente el biznieto y la biznieta, y en la lateral el hijo é hija de un hermano ó de una hermana; y por consiguiente el tio paterno y la tia paterna, el tio materno y la tia materna, á que los romanos llamaban *patruus, amita, avunculus matertera* (*a*). Denominaban *patruus* al hermano del pa- 3

θεία, vel apud quosdam τηθίς appellatur (*b*).

dre, llamado en griego πάτρώς; *avunculus* al hermano de la madre, llamado en griego μήτρως; uno y otro estaban comprendidos en la denominacion general de θεῖος; *amita* es la hermana del padre, y *matertera* la de la madre; ambas se designan en griego con una de estas palabras θεία, τηθίς (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 5, ley 1, tit. X, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 14, ley 10, tit. X, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Fratris sororisque filius, filia.—A pesar de que, como he indicado antes, los romanos tenian una nomenclatura mas rica que nosotros para designar los grados de parentesco, carecian de vocablo ó frase especial que señalase el parentesco que mediaba entre los hijos é hijas de los hermanos y hermanas, á que nosotros llamamos *primos carnales ó primos hermanos.*

4 Quartô gradu suprà abavus, abavia; infrà abnepos, abneptis; ex transversô fratris sororisque nepos, neptis, et convenientèr patruus magnus, amita magna (id est avi frater et soror), itèm avunculus magnus, matertera magna (*a*) (id est aviæ frater et soror), consobrinus, consobrina (id est qui quæve ex fratribus aut sororibus progenerantur). Sed quidam rectè *consobrinos* eos *propriè putant dici*, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos; eos verò, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari (si autem ex duobus fratribus filiæ nascantur, sorores patrueles appellantur); at eos, qui ex fratre et sorore propagantur, amitinos propriè dici (amitæ tuæ filii consobrinum te appellant, tu illos amitinos) (*b*).

En el cuarto grado estan en la línea ascendente el tatarabuelo y tatarabuela; en la descendente el tataranieto y tataranieta; en la lateral el nieto y la nieta de hermano y de hermana, é igualmente el hermano y la hermana del abuelo ó de la abuela, á quienes los latinos llaman *patruus magnus*, *amita magna*, *avunculus magnus*, *matertera magna* (*a*), el primo y la prima carnal, esto es, los hijos de hermanos ó hermanas. Con razon piensan algunos que la palabra *consobrini* en su sentido riguroso es aplicable á los hijos de dos hermanas, como si se dijiese *consororini*, y que los hijos de dos hermanos se llaman *fratres patrueles ó sorores patrueles* si son hijas; mas los descendientes de un hermano ó de una hermana se llaman *amitini*: (así los hijos de la hermana de tu madre te llaman *consobrinus*, y tú les llamas *amitini* (*b*). 4

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 6, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 6, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Consobrinos propriè putant dici.—Cayo (1) advierte oportunamente que, á pesar de tener distinta significacion en su sentido riguroso las palabras *consobrinus, patruelis* y *amitinus*, el uso vulgar llamaba *consobrinos* á todos los que se hallaban en el grado y clase á que en su sentido estricto se refieren las expresadas palabras.

5 Quintô suprà atavus, atavia; infrà adnepos, adneptis; ex transversô fratris sororisque pronepos, proneptis, et convenientèr propatruus, proamita (id est proavi frater et soror), proavunculus, promatertera (id est, proaviæ frater et soror), itèm fratris patruelis, sororisve patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ filius filia, *proprior sobrinus sobrina* (hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, materteræ magnæ filius filia).

En quinto lugar estan en la línea 5
ascendente el cuarto abuelo y la cuarta abuela; en la descendente el cuarto nieto y la cuarta nieta, y en la lateral los biznietos y biznietas de un hermano ó una hermana, y por lo tanto el hermano y la hermana del bisabuelo ó de la bisabuela, llamados en latin *propatruus, proamita, proavunculus* y *promatertera*; igualmente el hijo y la hija de primos carnales por parte de padre ó de madre, del mismo modo que el que está un grado mas próximo que el que tienen entre sí los nietos de hermanos.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 7, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Proprior sobrinus sobrina.—He dicho antes que los hijos de dos primos carnales se llamaban *sobrinos*; estos se hallan en sexto grado entre sí, á lo que es consiguiente que el padre de uno, con relacion al otro, estará un grado mas inmediato, es decir, en el quinto.

6 Sextô gradu sunt suprà tritavus, tritavia; infrà trinepos, trineptis; ex transversô fratris sororisque abnepos, abneptis, et convenientèr abpatruus, abamita (id est abavi frater et soror), abavunculus, ab-

En sexto grado estan en la línea 6
ascendente el quinto abuelo y la quinta abuela; en la descendente el quinto nieto y la quinta nieta, y en la trasversal el tataranieto y tataranieta del hermano ó de la her-

(1) §. 6, ley 1, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.

matertera (id est abaviæ frater et soror), itèm sobrini sobrinæque (id est qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus vel consobrinis vel amitinis progenerantur).

mana, y por lo tanto el hermano y hermana del tatarabuelo, y el hermano y hermana de la tatarabuela, y del mismo modo los que son hijos de primos ó primas carnales, ó de un primo y una prima carnal, á que los latinos llaman *sobrini sobrinæ*.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. inicial, ley 3, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

7 *Hactenùs* ostendisse sufficiet, quemadmodùm gradus cognationis numerentur. Namque ex his palàm est intelligere, quemadmodùm ulteriùs quoquè gradus numerare debemus: quippe sempèr generata quæque persona gradum adjiciat, ut longè facilius sit respondere, quotô quisque gradu sit, quàm propriâ cognationis appellatione quemquam
8 denotare. Agnationis quoquè gradus eôdèm modô numerantur.

Lo que hemos dicho hasta aquí, es 7
bastante para que se comprenda el modo de computar los grados de la cognacion, porque del mismo modo pueden contarse los grados ulteriormente; puesto que cada persona engendrada añade un grado, de modo que es mas fácil decir en qué grado se halla una persona, que designar por su propio nombre el grado de parentesco. Los grados de agnacion 8
se cuentan de la misma manera.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 4, ley 3, tít. X, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Hactenùs.—Desde el sesto grado en adelante, los parientes no tienen ya nombre especial en el lenguaje jurídico (1).

9 Sed cum magis veritas oculatâ fide quàm per aures animis hominum infigitur, ideò necessarium duximus, post narrationem graduum, etiam eos præsenti librô inscribi, quatenùs possint et auribus et ex inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

Pero como se forma una idea mas 9
verdadera de las cosas por los ojos que por los oidos, hemos creido conveniente, despues de la exposicion de los grados de parentesco, trazar un cuadro, para que los jóvenes puedan adquirir perfecto conocimiento de ellos, tanto por los oidos como por los ojos.

(1) § 7, tit. XI, lib. IV de las Sentencias de Paulo.

		VI Abpatruus, ab-amita.	V Atavus.	V Atavia.	VI Abavunculus, ab-matertera.		
	VI Propatrui, pro-amitæ filius, filia.	V Propatruus, pro-amita.	IV Abavus.	IV Abavia.	V Proavunculus, pro-matertera.	VI Proavunculi, pro-materteræ filius, filia.	
VI Sobrinus, sobrina.	V Proprior sobri-nus, sobrina.	IV Patruus magnus, amita magna.	III Proavus.	III Proavla.	IV. Avunculus mag-nus, matertera magna.	V Proprior sobrinus, sobrina.	VI Sobrinus, sobrina.
V Fratris et sororis patruelis, amitini, amitinæ filius, filia.	IV Fratres et soro-res patruelis, ami-tinus amitina.	III Patruus, amita.	II Avus.	II Avia.	III Avunculus, ma-tertera.	IV Frater consobri-nus, soror con-sobrina.	V Fratris consobri-ni, sororis con-sobrinæ, filius, filia.
IV Fratris nepos, neptis.	III Fratris filius, filia.	II Frater.	I Pater.	I Mater.	II Soror.	III Sororis filius, filia.	IV Sororis nepos, neptis.
			I Filius.	I Filia.			
			II Nepos.	II Neptis.			
			III Pronepos.	III Proneptis.			
			IV Abnepos.	IV Abneptis.			
			V Adnepos.	V Adneptis.			

10 Illud certum est, *ad serviles cognationes* illam partem edicti, quâ proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, *non pertinere*: nam *nec ullâ antiquâ lege* talis cognatio computabatur (*a*). Sed nostrâ constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum et undiquè confusum fuerat), et hoc, humanitate suggerente, concessimus, ut, si quis in servili consortiô constitutus, liberum vel liberos habuerit, sive ex liberâ, sive ex servilis conditionis muliere, vel contrà serva mulier ex liberô vel servô habuerit liberos cujuscumque sexus, et ad libertatem his pervenientibus, et hi, qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerunt, vel, dùm mulieres liberæ erant, ipsi in servitutem eos habuerunt, et posteà ad libertatem pervenerunt, ut hi omnes ad successionem vel patris vel matris veniant, patronatus jure in hâc parte sopitô: hos enim liberos non solùm in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius mutuam successionem vocavimus, ex illâ lege specialitèr eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servituti nati, et posteà manumissi sunt, sive unà cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt, sive ex eâdem matre, vel ex eôdem patre, *sive ex aliis nuptiis* ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt (*b*).

La parte del edicto del pretor que 10 prometia la *bonorum posesion* á los cognados mas próximos, no se aplicaba á las cognaciones de los esclavos, porque ninguna ley antigua computaba semejante parentesco (*a*). Mas en una constitucion nuestra acerca del derecho de patronato (derecho hasta nuestro tiempo lleno de oscuridad, de dificultades y de confusion), hemos concedido por una inspiracion de humanidad, que cuando un esclavo ha tenido uno ó mas hijos de mujer libre ó esclava, ó por el contrario, una esclava ha tenido hijos de cualquiera sexo de un hombre libre ó esclavo, si este esclavo ó esclava ó sus hijos nacidos en esclavitud, llegaren á ser libres, ó si siendo la madre libre y el padre esclavo, este hubiera obtenido despues la libertad, los hijos sucedan en todos estos casos al padre y á la madre, quedando sin efecto entonces el derecho de patronato. Hemos hecho mas; porque llamamos á estos hijos, no solo á la sucesion de su padre y de su madre, sino tambien los unos á la de los otros, y esto ó bien concurran solos los que nacieron en esclavitud y despues fueron manumitidos, ó bien con otros concebidos despues de la libertad de los padres, ya sean hijos del mismo padre, ó de la misma madre, ó de otro matrimonio, á semejanza de lo que sucede con los hijos nacidos de justas nupcias (*b*),

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 3, tit. XII de sus Reglas.)
(*b*) No existe esta constitucion; Cujas dá un epítome de ella.

Comentario.

El cuadro de los grados de cognacion que precede á este párrafo, fué omitido en muchos manuscritos, dejando en blanco el espacio ne-

cesario para poderlo poner: de aquí provino que se creyera que el hueco indicaba el fin de un título y el principio de otro, y que se hiciera un título particular comprensivo del párrafo que precede y de todos los que restan hasta el fin del título, poniéndole la rúbrica *de servili cognatione*, considerándolo como el sétimo de este libro tercero, y cambiando despues la numeracion de los títulos siguientes. Muchas ediciones han seguido el mismo camino, y á la verdad no han estado muy oportunas, porque el Emperador solo en este texto trata de los parentescos de los esclavos, y en los demás continúa haciendo la recapitulacion de todo lo que ha dicho en los títulos precedentes, para demostrar que no son siempre los parientes mas próximos los primeros llamados á suceder.

Ad serviles cognationes non pertinere.—Al tratar del matrimonio (1) manifesté que el derecho civil por regla general no computaba para nada el parentesco de los esclavos, lo que sucedia tambien despues que habian salido de la esclavitud: su parentesco era solo un hecho que generalmente hablando no producia consecuencias jurídicas. En el título siguiente se verán las modificaciones que respecto á la sucesion introdujo Justiniano en el antiguo principio.

Nec ullâ antiquâ lege.—Entiéndese esto limitado á la sucesion, pues, como se ha dicho en otro lugar, la cognacion de los esclavos era impedimento para el matrimonio.

Sive ex aliis nuptiis.—Hay intérpretes, y entre ellos el célebre Cujas, que fundándose en la autoridad de algunos manuscritos y en la *Paráfrasis* de Teófilo, creen que debe quitarse la palabra *nuptiis*. Me limito á hacer la indicacion, por no creer propio de esta obra detenerme á examinar una cuestion, mas erudita que útil.

11 Repetitis itaque omnibus, quæ jam tradidimus, apparet, non sempèr eos, qui parem gradum cognationis obtinent, paritèr vocari, eoque ampliùs, nec eum quidèm, qui proximior sit cognatus, sempèr potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, quosque inter suos hæredes jam enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quàm fratrem aut patrem matremque defuncti, cum alioquìn pater quidèm et mater (ut suprà quoquè

Recapitulando todo lo que hemos dicho, aparece que aquellos que estan en el mismo grado de cognacion, no son llamados siempre igualmente á suceder, y lo que es mas, no siempre es preferido el cognado mas próximo. En efecto, siendo el primer órden el de los herederos *suyos* y de aquellos que hemos enumerado entre los herederos *suyos*, es claro que el biznieto ó el tataranieto del difunto, serán preferidos al hermano ó al padre y á la madre, aunque el padre y la madre (como he- 11

(1) §. 10, tit. X, lib. 1.

tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater verò secundum, pronepos autem tertiò gradu sit cognatus, et abnepos quartò; *nec interest, in potestate morientis fuerit*, an non, quod vel emancipatus vel ex emancipatò, aut ex femeninò sexu propagatus est.

mos dicho anteriormente), se hallen en el primer grado de cognacion, el biznieto en el tercero y el tataranieto en el cuarto. Nada importa que los cognados hayan estado ó no en potesdad del difunto, ó que hayan sido emancipados, ó que sean hijos de un emancipado, ó descendientes por línea de hembra.

Comentario.

Nec interest, in potestate morientis fuerit.—Muy interesante era con arreglo á la ley de las Doce Tablas que los descendientes estuvieran en potestad del difunto al tiempo de su muerte; mas esta necesidad desapareció desde el momento en que con los herederos *suyos* fueron admitidos los emancipados, los hijos nacidos despues de la emancipacion y la posteridad de las mujeres.

12 Amotis quoquè suis hæredibus, quosque inter suos hæredes vocari diximus, *agnatus*, qui integrum jus agnationis habet, *etiam si longissimô gradu* sit, plerumquè potior habetur, quàm proximior cognatus: nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Totièns igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut paritèr vocari eos, qui cognati sunt, quotièns neque suorum hæredum jure, quique inter suos hæredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundùm ea, quæ tradidimus (*a*), *exceptis fratre et sorore emancipatis*, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur, qui, etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis (*b*).

A falta de herederos *suyos* y de los que son llamados entre ellos, el agnado que conserva íntegramente el derecho de agnacion, aunque se halle en el grado mas lejano, es preferido generalmente al mas próximo cognado: así el nieto ó el biznieto del tio paterno, es preferido al tio y á la tia materna. Por lo tanto, cuando decimos ó que el cognado mas próximo en grado es preferido, ó que los cognados que estan en el mismo grado son llamados simultáneamente, debe entenderse del caso en que no haya herederos *suyos*, ni persona que sea llamada entre los herederos *suyos*, ni agnados que deban ser preferidos sugun lo que dejamos expuesto (*a*). Esceptúanse, sin embargo, el hermano y hermana emancipados, los cuales, á pesar de haber sufrido la capitis-diminucion, son llamados á la sucesion de sus hermanos y hermanas con preferencia á los demás agnados de grado ulterior (*b*). 12

ORÍGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§§. 27 y 29, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con una constitucion del Emperador Anastasio. (Ley 4, tít. XXX, libro V del Cód.)

Comentario.

Agnatus, etiam si longissimô gradu.—Todo el órden de agnados es preferido al de cognados: los agnados deben conservar entre sí la prerogativa del grado.

Exceptis fratre et sorore emancipatis.—Podia el emperador haber añadido en la escepcion á la hermana uterina y á los hijos é hijas de la hermana, ó consanguinea ó uterina (1), para ser consiguiente con lo que él mismo habia establecido.

TITULUS VII.

De successione libertorum.

TÍTULO VII.

De la sucesion de los libertos.

Vinnio nota oportunamente que en la rúbrica de este título la palabra *sucesion* se toma en diferente sentido que en los anteriores, esto es, no en una significacion activa, sino en otra pasiva. En efecto, hemos visto anteriormente que al tratar de la sucesion de los agnados y de los cognados, la palabra *sucesion* se entendia del derecho que unos y otros en su caso tenian para suceder; mas al hablarse de la sucesion de los libertos en este título, no se trata del modo con que estos son llamados á la sucesion, sino del de suceder en los bienes que ellos dejan. Muchas fueron las variaciones que el derecho introdujo en esta clase de sucesiones. Las leyes de las Doce Tablas, el edicto del pretor, la ley Papia Poppea, y por último Justiniano, arreglaron en sus respectivas épocas diferentemente este modo de suceder.

Nunc de libertorum bonis videamus.

Tratemos ahora de los bienes de los libertos.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 39, Com. III de sus Inst.)

Olim itaque *licebat* liberto *patronum* suum impunè *testamentò præterire*: nam ità demùm lex duodecim tabularum ad hæreditatem li-

Antiguamente podia el liberto omitir impunemente á su patrono en el testamento, porque la ley de las Doce Tablas no llamaba al patro-

(1) §. 4, tít. II de este mismo Libro.

berti *vocabat patronum*, si intestatus mortuus esse libertus, *nullô suô hæredé relictô.* Itaque intestatô quoquê mortuô libertô, si is suum hæredem reliquisset, nihil in bonis ejus patrono jus erat. Et si quidém ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela; si verò adoptivus filius esset, apertè iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

no á la herencia del liberto, sino en cuanto este último hubiera muerto intestado y sin heredero *suyo*. Así, muerto el liberto sin testar, si habia dejado un heredero *suyo*, no tenia el patrono ningun derecho sobre sus bienes. Nada habia en esto digno de reforma, si el heredero *suyo* era un hijo natural; mas si era adoptivo, aparecia evidentemente injusto que el patrono quedase sin ningun derecho á la sucesion.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 40, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Licebat patronum testamentô præterire.—Por las leyes de las Doce Tablas tan libre era la facultad de testar que tenia el liberto, como la que estaba otorgada á los demás ciudadanos. No sucedia lo mismo con las libertas, las cuales, como dice Cayo (1), ningun perjuicio podian causar á sus patronos segun el derecho antiguo, porque estando en perpétua tutela de los que las habian manumitido, no testaban sin su autoridad, y de consiguiente tampoco sin su consentimiento perdian la herencia legítima que les correspondia.

Vocabat patronum.—En defecto del patrono eran llamados sus hijos, y entonces la herencia se dividia por personas y no por estirpes (2).

Nullô suô hœrede relictô.—Queda dicho en el título que antecede (3), que el parentesco servil no era considerado con arreglo al derecho antiguo para los efectos de la sucesion, aun despues de haber el esclavo adquirido la libertad. Consiguiente á esto era que el liberto al entrar en el goce de los derechos de ciudadano, no tuviera ni herederos *suyos*, ni agnados, ni cognados. Así es, que cuando contraia matrimonio, empezaba en él una familia nueva, y que solo despues de tener descendencia, habia personas que fueran sus agnados. De aquí se infiere que no teniendo el liberto herederos *suyos*, tampoco podia tener quien fuera llamado á su herencia como agnado; y así se explica que solo se haga mencion de los herederos *suyos*, y

(1) §. 43, Com. III de sus Inst.
(2) §. 10.
(3) §. 4, tit. XXVII de las Reglas de Ulpiano.

no de los agnados, en este lugar. La mujer que hubiera contraido matrimonio solemne y entrado en poder del marido, *in manu viri,* considerada como hija de familia, debia ser preferida al patrono (1). Mas en la sucesion de la liberta no quedaba excluido el patrono bajo este concepto, porque aquella moria siempre sin herederos *suyos* (2), no pudiendo hallarse nunca los hijos bajo la potestad de la madre, sino bajo la de su marido ó bajo la del ascendiente de su marido.

1 Quâ de causâ posteà prætoris edictô hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum *libertus*, jubebatur ità testari, ut *patrono* partem dimidiam bonorum suorum relinqueret, et si aut nihil aut minus partis dimidiæ reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Si verô intestatus moriebatur, suô *hærede relictô filiô adoptivô*, dabatur æquè patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant ad excludendum patronum naturales liberi, non solùm, quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati, et in adoptionem dati, si modò ex aliquâ parte hæredes scripti erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edictô petierant: nam *exhæredati nullô modô repellebant* patronum.

Por esta razon el derecho pretorío corrigió la injusticia del derecho civil. Al efecto si el liberto hacia testamento, estaba obligado á testar de modo que quedase al patrono la mitad de sus bienes, y si ó no le dejaba nada ó le dejaba menos de la mitad, el patrono tenia la *bonorum posesion contra tabulas* por la mitad. Si moria intestado dejando por heredero suyo á un hijo adoptivo, dábase igualmente al patrono contra este heredero la *bonorum posesion* por la mitad de la herencia. Para excluir al patrono aprovechaban al liberto sus hijos naturales, no solamente los que estaban constituidos en potestad al tiempo de la muerte, sino tambien los emancipados y los dados en adopcion, con tal que estuvieran instituidos en una parte cualquiera de la herencia, ó que, pasados en silencio, hubieran pedido la *bonorum posesion contra tabulas* en virtud del edicto del pretor. Los que estaban desheredados no excluian al patrono. 1

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 41, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Libertus.—El edicto del pretor no era aplicable á las sucesiones de las libertas, porque como se ha manifestado en el comen-

(1) §. 1, tit. XXIX de las Reglas de Ulpiano.
(2) §. 2, tit. XXIX de las Reglas de Ulpiano.

tario del párrafo anterior, en nada podian perjudicar estas al patrono.

Patrono.—No comprendia á la patrona el beneficio concedido por el pretor al patrono: respecto á aquella quedó sin modificar la ley de las Doce Tablas (1). Esta diferencia jurídica por razon de sexos, alcanzaba tambien á los herederos; así es que los hijos varones del patrono, á falta de este, tenia sus mismos derechos, y las hijas solo el que la ley de las Doce Tablas les conferia.

Hærede relictô filiô adoctivô.—El lugar de las Instituciones de Cayo, de donde Justiniano copió el párrafo que comento, añade á continuacion: *vel uxore quæ in manu ipsius esset, vel nuru quæ in manu filii ejus fuerit.* Justiniano omitió estas palabras al trascribir el texto de Cayo, y con razon, porque en su tiempo ya no existia la *conventio in manuum viri.*

Exhæredati nullô modô repellebant.—En el caso de que los desheredados usaran de la querella de testamento inoficioso para desvirtuar el testamento del padre, parece fuera de duda que debia considerarse como excluido el patrono, porque se estaba en el mismo caso que si no hubiera habido testamento.

2 Posteà *lege Papiâ* adaucta sunt jura patronorum, qui *locupletiores* libertos habebant. Cautum est enim, ut ex bonis ejus, qui *sestertiorum centum millium* patrimonium reliquerat, et pauciores quam tres liberos habebat, sive is testamentô factô, sive intestatô mortuus erat, virilis pars patrono debebatur. Itaque cum unum filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perindè pars dimidia patrono debebatur ac si is sine ullô filiô filiâve decessisset; cum duos duasve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono; si tres reliquerat, repellebatur patronus.

Mas adelante la ley Papia aumentó los derechos de los patronos cuyos libertos tenian bastantes bienes de fortuna. Estableció al efecto que cuando el liberto hubiera dejado un patrimonio de cien mil sestercios y menos de tres hijos, ya muriese con testamento ó *ab intestatô*, tuviera el patrono la porcion viril. Así cuando el liberto dejaba ó un solo hijo ó una sola hija que le heredase, la mitad correspondia al patrono, como si el liberto hubiese muerto sin ningun hijo ó hija: si el liberto habia dejado por herederos dos hijos ó hijas, la tercera parte correspondia al patrono; si dejaba tres hijos ó tres hijas, el patrono era repelido. 2

ORÍGENES.

Tomado de Cayo (§. 42, Com. III de sus Inst.)

---

(1) §. 49, Com. III de las Inst. de Cayo.

Comentario.

Lege Papiâ.—Esta es la famosa ley Papia Poppea de que he hablado ya en otras ocasiones. En el espíritu que la dominó para alentar al matrimonio y á la procreacion legítima, llamó al patrono á la sucesion de su liberto, aunque este tuviera hijos, siempre que fueran menos de tres y que su fortuna llegase á cien mil sestercios, admitiéndolo con aquellos á la porcion viril. Avanzó aun mas esta ley, porque dió derechos análogos á los del patrono y de sus hijos varones, á las hijas y á las demás mujeres descendientes del patrono; pero solo cuando estas tenian dos ó tres hijos segun los casos: así lo dicen Cayo (1) y Ulpiano (2).

Locupletiores.—Alude á los libertos que tenian cien mil sestercios, como despues lo esplica el mismo texto.

Sestertiorum centum millium.—Esta suma representa la cantidad de 79,800 rs. de nuestra moneda.

3 Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Grecâ linguâ, compendiosô tractatu habitô, composuimus, itâ hujusmodi causas definivit, ut, si quidèm libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sertertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, *si tamen testamentum fecerint.* Sin autem *intestati*, *decesserint*, *nullô liberorum relictô*, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum verò majores centenariis sint, si hæredes, vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum, sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, omnibus patronis unà cum suâ progenie semotis. Si autem sine liberis decesserint, si quidèm intestati, ad omnem hæredi-

Pero una constitucion nuestra, que redactamos en griego para hacer mas fácil su inteligencia, y que contiene en breves palabras un sistema completo sobre este punto, ha establecido que si el patrimonio del liberto ó de la liberta fuere menor de cien aureos (pues interpretamos la suma de la ley Papia Poppea, computándo un aureo por mil sestercios), no tenga el patrono derecho alguno á la sucesion si han dejado testamento. Mas si murieren intestados y sin descendientes, entonces permanecerán integros los derechos del patronato en los términos que los fijó la ley de las Doce Tablas. Cuando tienen mayor cantidad que los cien aureos, si dejan descendientes herederos ó *bonorum poseedores*, ya sea uno ó ya muchos de cualquier grado ó sexo, estos serán los llamados á la herencia paterna, con exclusion absoluta de todos sus patronos y de su descendencia. Si mueren sin 3

---

(1) §§. 50, 51, 52 y 53, Com. III de sus Inst.
(2) §§. 5, 6 y 7, tit. XXIX de sus Reglas.

tatem patronos patronasque vocavimus; *si verò testamentum* quidèm *fecerint*, patronos autem vel patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierit, ità ut non possint argui inofficiosa eorum testamenta: tunc ex nostrâ constitutione per bonorum possessionem contra tabulas non dimidiam (ut ante), sed tertiam partem bonorum liberti consequantur, vel quod deest eis ex constitutione nostrâ repleatur, si quandò minus tertiâ parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerint, ità *sine onere*, ut nec liberis liberti libertæve ex eâ parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes hoc onus redundaret; multis aliis casibus à nobis in præfatâ constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi juris dispositionem perspeximus: ut tàm patroni patronæque, quàm liberi eorum, nec non, qui ex tranversô latere veniunt, usque ad quintum gradum ad successionem libertorum vocentur, sicut ex eâ constitutione intelligendum est; ut, si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarum pluriumve sint liberi, qui proximior est, ad liberti seu libertæ vocetur successionem, et in capita, non in stirpes dividatur successio, eôdem modô et in his, qui ex transversô latere veniunt, servandô. Pæne enim *consonantia jura ingenuitati et libertinitatis* in successionibus fecimus.

hijos y sin testamento, llamamos á los patronos y á las patronas á toda la herencia; mas si hicieron testamento y omitieron á sus patronos ó á sus patronas, no teniendo hijos, ó habiéndolos desheredado, ó siendo la madre ó el abuelo materno quien haya pasado en silencio á sus descendientes, de modo que el testamento no pueda ser atacado como inoficioso, entonces con arreglo á nuestra constitucion obtendrá el patrono ó la patrona por la *bonorum posesion contra tabulas*, no la mitad de la herencia, como sucedia antes, sino la tercera parte de los bienes del liberto, ó el complemento de ella si se les dejó menos de la tercera parte de los bienes; y esto será sin carga alguna, de modo que ni aun los legados ó fideicomisos dejados á los descendientes del liberto ó de la liberta sean proporcionalmente descontados de esta parte, sino que pesarán exclusivamente sobre los coherederos del patrono. Hemos reunido en la misma constitucion otras reglas necesarias en esta materia: en su virtud, no solamente el patrono ó la patrona ó sus descendientes, sino aun sus parientes colaterales hasta el quinto grado, son llamados á la sucesion de los libertos: en su virtud tambien, cuando existan diferentes descendientes de uno, de dos ó de mas patronos ó patronas, el mas próximo es el llamado á la herencia del liberto ó de la liberta, dividiéndose la herencia, por personas, y nó por estirpes; lo mismo se observa en los parientes laterales. Hemos adoptado en materia de sucesiones reglas casi iguales para los libertos que para los ingénuos.

ORÍGENES.

La constitucion á que alude este texto es la ley 4, tit. IV, lib. VI del Cód.

Comentario.

Si tamen testamentum fecerint.—La ley de las Doce Tablas era completamente aplicable, aun despues de las reformas de Justiniano, á la sucesion del liberto que habia hecho testamento, cuando su capital no llegaba á cien aureos ó á cien mil sestercios, y por lo tanto podia el liberto disponer de él como quisiera.

Intestati decesserint, nullô liberorum relictô.—Si el liberto que no habia hecho testamento, dejaba uno ó mas descendientes legítimos ó ilegítimos en potestad ó fuera de potestad, nacidos durante la esclavitud ó cuando era ya libre, se rechazaba de la herencia al patrono y sus descendientes: sistema sencillo establecido por las Doce Tablas y que volvió á poner en observancia Justiniano, cualquiera que fuera la riqueza del liberto.

Si verò testamentum fecerint.—En todos aquellos casos en que teniendo el liberto mas de cien aureos, y careciendo de descendientes ó desheredando legítimamente á los que tuviera, despojaba en testamento al patrono de su sucesion, este obtenia la *bonorum posesion contra tabulas* hasta conseguir la tercera parte de la herencia.

Sine onere.—En esto se igualó tambien la condicion de los descendientes y los patronos, de modo que unos y otros debian percibir íntegra la porcion que como legítima les correspondiese.

Consonantia jura ingenuitatis et lebertinitatis.—En efecto, á la sucesion de los libertos eran llamados: 1.° los descendientes herederos *suyos* y los asimilados á ellos, lo mismo que sucedia respecto á los ingénuos: 2.° el patrono ó la patrona y sus descendientes, los cuales equivalian al órden de agnados en la sucesion de los ingénuos: 3.° los parientes colaterales del patrono ó de la patrona hasta el quinto grado, órden que representaba al de los cognados en la sucesion de los que habian nacido libres.

4 Sed hæc de his libertinis hodiè dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sunt alii liberti, simùl et *dedititiis et Latinis sublatis*, cùm *Latinorum* legitimæ *successiones nullæ* penitùs erant, qui licèt ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipsô ultimô spiritu simùl animam atque libertatem amittebant, et, quasi servorum ità bona eorum *jure quodammodò peculii* ex lege Juniâ manumissores detinebant (*a*). Posteà verò *senatusconsultô Largianô* cautum fuerat,

Lo que hemos dicho debe entenderse de los libertinos que se hacen ciudadanos romanos, puesto que no hay ya otros libertos, por haber sido suprimidas las clases de latinos y dediticios. Los latinos no podian dejar de ningun modo sucesion legítima, porque aun cuando habian vivido como libres, perdian en el momento de su fallecimiento la libertad con la vida, y sus bienes, segun la ley Junia, pertenecian á sus patronos, como los de los esclavos á sus dueños, por una especie de 4

ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur (*b*). Quibus supervenit etiam *divi Trajani edictum*, quod eumdem hominem, si invitô vel ignorante patronô ad civitatem venire ex beneficiô principis festinavit, faciebat vivum quidèm civem Romanum, Latinum autem morientem. Sed nostrâ constitutione, propter hujusmodi conditionum vices, et alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, et senatus-consultum Largianum, et edictum divi Trajani in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberti civitate Romanâ fruantur, et mirabili modô, quibusdam adjectionibus, ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.

derecho de peculio (*a*). Mas despues el senado-consulto Largiano estableció que los descendientes del patrono que no hubieran sido nominalmente desheredados, fueran preferidos, por lo tocante á la sucesion de los latinos, á los herederos extraños (*b*). Vino despues el edicto del Emperador Trajano, que declaraba que el latino, hecho ciudadano romano por favor del príncipe, contra la voluntad ó sin conocimiento de su patrono, seria considerado en vida como ciudadano y á la muerte como latino. Mas por nuestra constitucion, á fin de evitar todas estas alternativas y dificultades, hemos suprimido para siempre con la misma clase de latinos la ley Junia, el senado-consulto Largiano y el edicto del Emperador Trajano, de modo que todos los libertinos gocen de la ciudadanía romana, y, haciendo algunas adiciones importantes, establecimos que por los mismos caminos que antes conducian á la libertad latina, se llegase á adquirir la ciudanía romana.

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 58, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 63, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Dedititiis et Latinis sublatis.—De la igualacion de todos los libertinos y de la supresion de los latinos y de dediticios se ha hablado ya en el párrafo tercero, título quinto, libro primero de esta obra, en donde he explicado lo que acerca de la materia basta para conocimiento del texto.

Latinorum successiones nullæ.—Los libertinos, que antiguamente solo conseguian la libertad latina, ni podian tener heredero ni serlo ellos, porque carecian de capacidad para suceder á un ciudadano romano y para ser sucedido por él, á lo que se agrega que al morir revivia en cierto modo el dominio de sus antiguos señores.

Jure quodammodò peculii.—Muerto el liberto latino, su patrono

ocupaba sus bienes, no como herencia sino en cierto modo como peculio, porque segun se ha dicho antes de ahora, al morir renacia el dominio del señor.

Senatus-consultô Largianô.—Este senado-consulto es del imperio de Claudio y del consulado de Lupo y Largo. En virtud de él se daban los bienes del liberto latino á los descendientes del patrono que antes habia fallecido, con preferencia al heredero extraño instituido por el padre que no habia desheredado á sus hijos de un modo legítimo (1).

Divi Trajani edictum.—Este edicto prevenia que el liberto latino juniano que hubiese conseguido el beneficio de ciudadano romano por concesion del príncipe contra la voluntad ó sin el consentimiento del patrono, fuese considerado como tal ciudadano romano en vida, pero que á la muerte sus bienes siguieran la condicion de los del libertino latino (2).

TITULUS VIII.

De assignatione libertorum.

TÍTULO VIII.

De la asignacion de los libertos.

El presente título contiene solamente la escepcion de una regla establecida en el anterior. Entonces se manifestó que los descendientes del patrono, despues de la muerte de este, debian percibir con arreglo á su proximidad y con igualdad, los bienes del liberto: aquí se dice que esto no tiene lugar en el caso en que el patrono haya asignado el liberto á uno de sus descendientes.

In summâ, quod ad bona libertorum, admonendi sumus, senatum censuisse, ut, quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sint, æqualitèr bona libertorum pertineant, tamèn *licere parenti, uni ex liberis assignare libertum*, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est, et ceteri liberi, qui ipsi quoquè ad eadem bona, nullâ assignatione interveniente, paritèr admitterentur, nihil juris in his bonis

Debemos advertir con relacion á los bienes de los libertos, que, á pesar de que pertenecen igualmente á todos los descendientes del patrono que estan en el mismo grado, un senado-consulto permitió al ascendiente asignar el liberto á uno de sus descendientes; en este caso, despues de la muerte del ascendiente será solo considerado como patrono aquel á quien ha sido asignado, y no tendrán ningun derecho á la sucesion los demás descendien-

(1) §§. 63 y sig., Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 72, Com. III de las Inst. de Cayo.

habeant. Sed ità demùm pristinum jus recipiunt, si is, cui assignatus est, decesserit *nullis liberis relictis*.

tes que, á no mediar la asignacion, hubieran sido admitidos á la herencia del liberto. Pero estos recobran su antiguo derecho, si aquel á quien se hubiere hecho la signacion, muriere sin descendientes.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Licere parenti.—El derecho de hacer la asignacion corresponde solo al ascendiente que manumitió: esta regla es tan estricta que á pesar de que los descendientes del patrono son por lo general reputados como manumitentes, no pueden asignar á uno de sus descendientes el mismo liberto que les asignó su padre (1).

Uni ex liberis assignare libertum.—Con arreglo al derecho antiguo, el patrono que moria antes que el liberto, no tenia ningun derecho á su sucesion; este quedaba reservado á los hijos del patrono, que entraban á suceder segun su grado. El senado-consulto de que habla el texto, por la facultad que dió al patrono de asignar el liberto á uno de sus hijos, vino á prorogar los derechos del asignante para despues de su muerte. No era necesario que la asignacion se hiciese precisamente á uno de los hijos; podia hacerse á varios, como dice Ulpiano (2), aun cuando el senado-consulto habló en número singular.

Nullis liberis relictis.—Concluida la linea del descendiente á quien se hizo la asignacion, renace el derecho en los demás descendientes del patrono, porque el derecho de patronato que daba la asignacion, era personalísimo á quel á quien lo otorgó el patrono (3).

1 Nec tantùm libertum, sed etiam libertam, et non tantùm filio nepotive, sed etiam filiæ neptive assignare permititur (*a*). Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, *quos in potestate habet*, assignare ei libertum libertamve liceat (*b*). Unde quærebatur, si eum, cui assignaverit, posteà emancipa-

Puede asignarse no solamente un liberto, sino tambien una liberta, tánto á favor de un hijo ó de un nieto como de una hija ó de una nieta (*a*). Esta facultad se da al que tiene dos ó mas descendientes en su poder, de manera que pueda asignar el liberto ó la liberta á favor de aquellos que estan en su potestad (*b*). De aquí dimanó la cuestion de si en 1

(1) Ley 8, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §. 1, ley 1, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.
(3) §. inicial, ley 1, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.

verit, num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere, quod et Juliano et aliis plerisque visum est.

el caso de emancipar al descendiente á quien habia hecho la asignacion, esta quedaría desvanecida. Prevaleció que quedara desvanecida; opinion adoptada por Juliano y por la mayor parte de los jurisconsultos.

ORÍGENES.

(a) Conforme con Ulpiano. (§§. 1 y 2, ley 3, tit IV, lib. XXXVIII del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano. (ley 1, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.

Comentario.

Nepotive, neptive.—Puede hacerse la asignacion á los descendientes de grado mas remoto, en daño de los mas próximos, y por consiguiente de los herederos presuntos del patrono (1), y no es obstáculo para esto que los favorecidos con la asignacion, á la muerte del asignante, recaigan en potestad paterna de otra persona (2).

Quos in potestate habet.—El patrono no puede nombrar para su liberto herederos que la ley no ha señalado, sino solo dar la preferencia á alguno ó algunos de los que los sean. A pesar de esto hay una declaracion expresa en el Digesto (3), donde se dice que un patrono que tiene dos ó mas hijos en su poder, puede asignar un liberto al hijo emancipado.

3 Nec interest, testamentô quis assignet, an sine testamentô, sed etiam *quibuscumque verbis* hoc patronis permittitur facere, ex ipsô senatusconsulto, quod Claudianis temporibus factum est, Suillô Rufô et Ostoriô Scapulâ consulibus.

Es indiferente que la asignacion se verifique en testamento ó sin testamento y en cualesquiera términos, con arreglo al mismo senado-consulto que fué hecho en el imperio de Claudio, siendo cónsules Suilo Rufo y Ostorio Scapula. 3

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. inicial y 3, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Quibuscumque verbis.—Del mismo modo, para revocar una asignacion hecha, basta manifestar la voluntad contraria (4).

---

(1) §§. inicial y 1, ley 3, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.
(2) §§. 2 y 3, ley 3, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.
(3) Ley 9, tit. IV, lib. XXXVIII del Dig.
(4) §. 4, ley 1, tit. IV, lib XXXVIII del Dig.

TITULUS IX.

De bonorum possessionibus.

TÍTULO IX.

De las bonorum posesiones.

En el Libro primero de esta obra (1) he manifestado que la locucion *bonórum possessio* era una de las palabras nuevas de que se valieron los pretores para suplir, ayudar y corregir el derecho civil, y que significaba la herencia dada en virtud del edicto del pretor. Allí justifiqué tambien la traduccion que doy á aquella palabra, version admitida por muchos, pero no aceptada por todos. Considero conveniente hacer una ligera explicacion respecto al orígen de la *bonorum posesion*, antes de entrar en el exámen de las doctrinas que este título comprende.

La herencia, en el sentido estricto de la palabra, era de derecho civil, y la accion para pedirla constituia una reivindicacion verdadera; así para entablarla habian de emplearse ciertas fórmulas rigurosas é inflexibles, consistiendo una de ellas en que el magistrado señalase el respectivo papele de demandante y demandado que á cada uno de los litigantes correspondia en el juicio. No me detengo ahora en esta materia: en su lugar oportuno se pondrá con mas facilidad al alcance de todos, por lo que me limitaré á hacer aquí las indicaciones mas precisas. Por regla general el que debia tener la consideracion de demandado en un juicio en que se trataba de reivindicar alguna cosa, era el que la poseia. Pero esta consideracion no podia seguir la misma regla cuando se trataba de la herencia, que cuando el litigio versaba acerca de otra cosa. En efecto, en las demas cosas habia por punto general entre los dos litigantes uno que poseyera: no sucedia así en la herencia, porque cuando se suscitaba un pleito acerca de ella, no habia realmente persona que la poseyera, puesto que de considerar poseedores á aquellos en cuyo poder estaban las cosas hereditarias, resultaria que la herencia tuviera tantos poseedores cuantos fuesen los objetos comprendidos en ella. Era necesario, pues, en este caso, que diera el pretor la posesion interina á aquel que en su concepto pareciese asistido de mejor derecho á la herencia; de aquí provino que se la concediera al que presentaba un testamento revestido de todas las solemnidades esteriores, y en su defecto al que con arreglo á la ley debia ser heredero *ab intestatô*. Hé aquí el orígen de las dos *bonorum posesiones*

(1) Al comentar el §. inicial del tit. XXI.

secundùm tabulas y *undè legitimi*. Otorgada de este modo la posesion de la herencia á uno de los que la pretendian, su contrario, si no tenia bastante confianza en las pruebas, se veia en el caso de abandonar el litigio: por esto la posesion dada por el pretor fué considerada como un medio subsidiario que producia la ventaja de que disfrutasen la herencia algunas personas que no eran herederos con arreglo al derecho civil. Este remedio pretorio, que venia á apoyar el principio de que era de interés general que las herencias no estuviecran vacantes, y de que convenia alentar á los que desde luego se presentaban á pedir las que podian serles peligrosas, dió lugar á que los pretores previniesen en sus edictos, que si no habia heredero legítimo, darian la posesion de los bienes hereditarios á los parientes mas próximos, y á falta de estos al cónyuge sobreviviente: estas dos *bonorum posesiones* son las llamadas *undè cognati* y *undè vir et uxor*. Desde entonces comenzó la sucesion pretoria, que vino despues á formar un sistema opuesto al del derecho civil, porque los pretores no se contentaron con auxiliarlo y suplirlo, sino que tambien lo corrigieron, introduciendo las *bonorum posesiones contra tabulas* y *unde liberi*, á favor de los mismos á quienes el derecho civil negaba la herencia.

Aunque, hablando en un sentido estricto, ni la *bonorum posesion* es herencia, ni el *bonorum poseedor* heredero, sin embargo, como suelen observarse para unos y otros iguales reglas, no parecerá inexacto que el jurisconsulto Paulo (1) diga que bajo la denominacion de *herencia* se comprende tambien la *bonorum posesion*, y que el mismo jurisconsulto (2) y Ulpiano (3) manifiesten que el *bonorum poseedor* es reputado en todas las causas como heredero. No puede negarse, sin embargo, que habia algunas diferencias entre la herencia y la *bonorum posesion*; tales son que la herencia daba el dominio quiritario, á lo que era consiguiente que al heredero y contra el heredero competian las acciones que dimanaban de la ley: al contrario, el *bonorum poseedor* no adquiria el dominio quiritario mientras no lo tenia por la usucapion, y en su favor ó contra él competian solamente acciones útiles.

En otro lugar queda explicado en qué se diferencia la *bonorum posesion* de la *posesion de los bienes* (4).

Jus bonorum possessionis introductum est à prætore *emendandi*	La *bonorum posesion* fué introducida por el pretor para corregir el

(1) Ley 138, tit, XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 117. tit. XVII, lib. L del Dig.
(3) Ley 2, tit. I, lib. XXXVIII del Dig.
(4) Al comentar el §. inicial del tit. XXI.

veteris juris gratiâ. Nec solùm in intestatorum hæreditatibus vetus jus eô modô prætor emendavit, sicut suprà dictum est, sed in eorum quoquè, qui testamentô factô decesserint (*a*). Nam si *alienus posthumus* hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat (*b*), honorariô tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicèt cum á prætore adjuvabatur (*c*): sed et hic à nostrâ constitutione hodiè rectè hæres instituitur, quasi et jure civili non incognitus.

antiguo derecho, y no solamente lo corrigió en las herencias *ab intestatô*, como hemos expuesto anteriormente, sino tambien en las de los que morian con testamento (*a*). En efecto, cuando un póstumo ageno era instituido heredero, aunque con arreglo al derecho civil no podia adir la herencia, porque era nula la institucion (*b*), sin embargo, por derecho honorario adquiria la *bonorum posesion* con el auxilio del pretor (*c*). Mas hoy el póstumo ageno, en virtud de una constitucion nuestra, puede ser instituido válidamente heredero, y está reconocido como tal por el derecho civil.

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. VI, lib. XXXVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 262, Com. II de sus Inst.)
(*c*) Conforme con Paulo. (Ley 3, tít. XI, lib. XXXVII del Dig.)

Comentario.

Emendandi veteris juris.—Enmendó el pretor el antiguo derecho civil mitigando su rigor en muchas ocasiones, como ha habido ya ocasion de ver y como se verá mas adelante.

Alienus posthumus.—Queda ya explicada esta frase en otro lugar (1).

1 Aliquàndò tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratiâ pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoquè, qui rectè factô testamentô hæredes instituti sunt, dat secundùm tabulas bonorum possessionem: itèm ab intestatô suos hæredes et agnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et, remotâ quoquè bonorum possessione, *ad eos hæreditas pertinet jure civili.*

Algunas veces, sin embargo, el pretor promete la *bonorum posesion* no para corregir ni para impugnar el antiguo derecho, sino mas bien para confirmarlo. Así da la *bonorum posesion secundùm tabulas* á aquellos que han sido instituidos herederos en un testamento válido. Del mismo modo da la *bonorum posesion ab intestatô* á los herederos *suyos* y á los agnados, aunque sin este auxilio del pretor la herencia les pertenece por derecho civil. 1

(1) Al comentar el §. 1, tít. XIII del lib. II.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 34, Com. III, de sus Inst.)

Comentario.

Ad eos hæreditas pertinet jure civili.—Podrán creer algunos que la *bonorum posesion* concedida por el pretor no reportaba utilidad á los que tenian el título de herederos, y de consiguiente eran dueños con arreglo al derecho civil. Cayo (1), de quien copió Justiniano el texto, añade estas palabras que omitió el Emperador: *quibus casibus beneficium ejus in eô solô videtur aliquam utilitatem habere, quod is qui ità bonorum possessionem petit, interdictô cujus principium est* QUORUM BONORUM *uti possit, cujus interdicti quæ sit utilitas suô locô proponemus*; es decir, que la *bonorum posesion* tenia una sola ventaja sobre la herencia, á saber, la de dar derecho á usar del interdicto *quorum bonorum* para adquirir la posesion de los bienes hereditarios, bastando probar, para ser preferido á cualquiera detentador, que el difunto los habia poseido; pero el heredero, para adquirir en concepto de tal las cosas hereditarias, necesitaba probar que el difunto era dueño de ellas.

2 Quos autem *prætor solus vocat* ad hæreditatem, hæredes quidèm ipso jure non fiunt. Nam prætor hæredem facere non potest: per legem enim tantùm, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, veluti per senatus-consultum et constitutiones principales, sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, *locô hæredum* constituuntur (*a*), et vocantur bonorum possessores. Addùc autem et *alios complures gradus* prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dùm id agebat, ne quis sine successore moriatur: nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hæreditatum prætor ex bonô et æquô dilatavit (*b*).

Aquellos á quienes solamente el pretor llama á la herencia, no son herederos en rigor de derecho. En efecto, el pretor no puede hacer heredero: esto solamente corresponde á la ley ó á un acto asimilado á ella, como un senado-consulto ó una constitucion imperial; pero cuando el pretor da á algunos la *bonorum posesion*, estos se constituyen en el lugar de herederos (*a*), y se llaman *bonorum poseedores*. El pretor estableció otros muchos grados para dar la *bonorum posesion*, con el objeto de que ninguno muriese sin dejar sucesor. De este modo ha extendido, con arreglo á los principios de equidad, un derecho que las leyes de las Doce Tablas habian reducido á los mas estrechos límites (*b*). 2

(1) §. 34, Com. III de sus Inst.

ORÍGENES.

(a) Copiado de Cayo. (§. 84, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con Cayo. (§§. 18, 25, y 33, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Prætor solus vocat.—Vinnio pregunta oportunamente ¿qué sucederia si el heredero instituido en testamento, ó el agnado mas próximo del que murió intestado, los cuales no eran llamados solamente por el pretor sino tambien por la ley, prefiriesen ser *bonorum poseedores* mas bien que herederos? Responde el mismo jurisconsulto, conformándose con la opinion del comentarista Fabro, que serian *bonorum poseedores*, con arreglo á lo expuesto en el párrafo anterior, y que por lo tanto tendrian á su favor ó contra sí las acciones útiles; y llega hasta decir que, aún cuando fuera heredero *suyo* el que recibiese la *bonorum posesion secundùm tabulas* ó *undè liberi*, no podria ejercitar ni ser reconvenido por las acciones directas que habian radicado en él por ser heredero *ipsô jure.*

Locô hæredum.—No pudiendo el pretor hacer herederos á los que la ley civil no consideraba como tales, por medio de la palabra nueva *bonorum possessor* y una ficcion, vino á darles el lugar de herederos.

Alios complures gradus.—La palabra *gradus* quiere aquí decir órdenes de suceder.

3 Sunt autem bonorum possesssiones *ex testamentô* quidèm hæ. Prima, quæ *præteritis liberis* datur, vocaturque CONTRA TABULAS. Secunda, quam omnibus jure *scriptis hæredibus* prætor pollicetur, ideòque vocatur SECUNDUM TABULAS. Et cum de testamentis priùs locutus est, *ad intestatos* transitum fecit. Et primò locô suis hæredibus, et his, qui ex edictô prætoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur UNDÈ LIBERI. *Secundô legitimis hæredibus. Tertiô decem personis*, quas extraneo manumissori præferebat (sunt autem decem personæ hæ: pater, mater, avus, avia, tàm paterni, quàm materni; itèm filius, filia, nepos, neptis, tàm ex filiô, quàm ex filiâ, frater, soror, sive consanguinei sive uterini.)

Las bonorum posesiones, cuando hay testamento, son dos: la primera es la que se da á los descendientes omitidos, y se llama CONTRA TABULAS; la segunda, la que el pretor promete á todos los que legalmente han sido instituidos herederos que por esto se llama SECUNDUM TABULAS. Despues de haber tratado el pretor de los que morian testados pasó á los intestados. Da en primer lugar la bonorum posesion que se llama UNDE LIBERI á los herederos *suyos* y á todos aquellos á quienes su edicto asimila á los herederos *suyos*. En segundo lugar á los herederos legítimos. En tercer lugar llama á diez personas que prefiere al manumitente extraño (estas diez personas son: el padre, la madre, el abuelo, la abuela, tanto paternos 3

Quartó cognatis proximis. Quintó TAMQUAM EX FAMILIA. *Sextó patrono et patronæ, liberisque eorum, et parentibus. Septimô viro et uxori. Octavô cognatis manumissoris.*

como maternos; el hijo, la hija, el nieto, la nieta, bien sean hijos de hijo ó de hija; el hermano y la hermana, bien sean consanguíneos, bien uterinos). En cuarto lugar, á los cognados mas próximos. En quinto lugar, á los agnados del patrono, TAMQUAM EX FAMILIA. En sexto lugar, al patrono y á la patrona y sus descendientes y ascendientes. En sétimo lugar, al marido y á la mujer. En octavo lugar, á los cognados del manumitente.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§ 1, 5 y 7, tít. XXVIII, de sus Reglas.)

Comentario.

Ex testamentô.—Las *bonorum posesiones*, del mismo modo que la herencia, se deferian ó habiendo ó no habiendo testamento. Las que el pretor daba habiendo testamento, se llamaban *secundùm* ó *contra tabulas*, diferencia que nacia de que al paso que por unas se secundaba la voluntad del testador, por las otras venia de hecho á quedar anulada.

Pretæritis liberis.—Esto es extensivo tambien á los descendientes que habian sido emancipados, como se verá en el presente comentario.

Contra tabulas.—*Contra lignum*, dice Trifonino (1). Esta *bonorum posesion* se concedia: 1.° á los descendientes herederos *suyos* que no habian sido desheredados con arreglo á derecho, porque aunque el preterido podia hacer declarar nulo el testamento con arreglo al derecho escrito (2), el pretor le daba además, como se dice en el presente texto, la *bonorum posesion contra tabulas*, con la cual se enmendaba tambien la ilegalidad cometida por el padre: en este punto el derecho pretorio venia á confirmar y á auxiliar al derecho civil: 2.° á los hijos emancipados, á quienes, cuando no habian sido desheredados, protegia el derecho pretorio corrigiendo el civil: 3.° al patrono preterido, por lo que respecta á la mitad de la herencia, como en otro lugar ha dicho el Emperador (3): 4.° al padre contra el testamento del hijo emancipado (4): estas dos últimas *bonorum posesiones*

(1) Ley 19, tit. IV. lib. XXXVII del Dig.
(2) §. inicial, tít. XIII lib. II de estas Inst.
(3) §. 1, tít. VII de este Libro.
(4) §. inicial, ley 1, tít. XII, lib. XXXVII del Dig.

fueron tambien introducidas corrigiendo el rigor del derecho civil. La *bonorum posesion contra tabulas* no tenia lugar contra el testamento de las mujeres: Paulo (1) dice que esto consistia en que las mujeres carecian de *herederos suyos*.

Scriptis hæredibus.—No solo al heredero escrito, sino tambien al nuncupado, esto es, al elegido en un testamento nuncupativo que fuera válido, se concedia la *bonorum posesion* (2).

Secundùm tabulas.—La *bonorum posesion secundùm tabulas* se daba: 1.° á los herederos válidamente instituidos que preferian á las ventajas que les otorgaba el derecho civil las que les ofrecia el pretorio: 2.° á los que no siendo instituidos válidamente con arreglo á los principios del derecho civil, reunian, sin embargo, todas las condiciones que el pretor exigia: así se ha visto en otro lugar (3) que el pretor admitia como válidos los testamentos en que estuvieran los sellos de siete testigos, aunque carecieran de otras circunstancias que el derecho civil requeria como indispensables; é igualmente queda dicho que sufrida capitis-diminucion por el testador en el tiempo que mediaba entre el otorgamiento del testamento y su muerte, si habia recobrado despues su primitivo estado, el pretor venia en auxilio del testamento (4). Lo mismo sucedia con el póstumo ageno que habia sido instituido heredero (5), y en otros casos cuya explicacion tengo que omitir, atendida la índole de esta obra.

Conviene advertir aquí que los favorecidos por el pretor con la *bonorum posesion contra tabulas*, tenian preferencia sobre aquellos á quienes se concedia la *secundùm tabulas*: era menester, por lo tanto, que, cuando podia tener lugar la *bonorum posesion contra tabulas*, esperasen los que en su defecto podian pedir la *secundùm tabulas* á que espirase el término concedido para la primera, y hubiera así caducado el derecho de aquellos á quienes se concedia (6).

Ad intestatos.—Dábanse *ab intestatô* hasta ocho *bonorum posesiones*; su denominacion y órden era el siguiente. 1.ª *Undè liberi.* 2.ª *Undè legitimi.* 3.ª *Undè decem personæ.* 4.ª *Undè cognati.* 5.ª *Tamquàm ex familiâ.* 6.ª *Undè liberi patroni et patronæ, et parentes eorum.* 7.ª *Undè vir et uxor.* 8.ª *Undè cognati manumissoris.*

Undè liberi.—Esta *bonorum posesion* estaba concedida en beneficio de los herederos *suyos*, ó de los que estaban asimilados á

---

(1) §. 2, ley 4; tit. IV, lib. XXXVII del Dig.
(2) Ley 2, tit. XI, lib. VI del Cód.
(3) §. 2, tit. X, lib. II de estas Inst.
(4) §. 6, tit. XVII, lib. II de estas Inst.
(5) §. inicial de este mismo titulo.
(6) §. inicial, ley 2, tit. XI, lib. XXXVII del Dig.

ellos, en los términos que se han expuesto en otro lugar (1), y como queda dicho, no era extensiva á la sucesion de las hembras.

Secundô legitimis hæredibus.—Esta es la *bonorum posesion undè legitimi*. Concedíala el pretor á los agnados y á las personas que por una disposicion legislativa eran consideradas en el lugar de los agnados, como sucedia con el patrono y su descendencia, con la madre en la sucesion de sus hijos, segun el senado-consulto Tertuliano, y con los hijos en la sucesion de su madre, conforme al Orficiano.

Tertiô decem personis.—Alúdese á la *bonorum posesion* denominada *undè decem personæ*, que se refiere al caso en que el difunto, siendo ingénuo, fué emancipado sin el contrato de fiducia, y adquirido *in mancipiô* por un extraño que lo manumitió. Antes de ahora se ha manifestado (2) que este manumitente retenia los derechos de patronato, y por consiguiente los de la sucesion con preferencia al individuo de la familia natural á que pertenecia: esto es lo que fué corregido por el derecho pretorio al hacer los llamamientos de que habla el texto. El padre emancipante no estaba comprendido en esta *bonorum posesion*, si no en la anterior *undè ligitimi*.

Quartô cognatis proximis.—Se ha tratado antes de ahora de esta *bonorum posesion*, llamada *undè cognati*. Con repeticion está dicho que los cognados fueron admitidos á la sucesion por el pretor. Este órden de suceder, que por regla general era el tercero, podia ser el cuarto cuando el difunto habia sido emancipado por un extraño; pues entonces eran llamados en primer lugar los descendientes del difunto, despues las diez personas de que se ha hablado en la anterior *bonorum posesion*, en defecto de ellas el manumitente, y por último, los cognados.

Quintô tamquàm ex familiâ.—Adopto la lectura del texto que he elegido, la cual está conforme con la mayor parte de ediciones, y ofrece un sentido natural y claro. La respetable autoridad de Cujas, á quien sigue Ortolan, sustituye la palabra *tamquàm* con estas otras, *tunc quem*, lectura que no me parece bastante justificada. En virtud de esta *bonorum posesion*, cuando faltaba el patrono y sus descendientes, entraban á suceder al liberto los agnados del patrono: y por lo tanto, como estos eran llamados solo á falta de descendencia del difunto y á falta tambien del patrono y de sus hijos, es claro que ocupaban el tercer lugar en la sucesion.

Sextô patrono et patronæ, liberisque eorum et parentibus.—La *bonorum posesion undè liberi patroni et patronæ et parentes eorum*,

---

(1) §§. 2 y sig., tit. I de este Libro.
(2) Al comentar el §. 6, tit. XII, lib. I.

no deja de presentar dificultad, de tal modo, que los intérpretes no estan conformes acerca de su objeto verdadero. Teófilo en su *Paráfrasis* dice que tenia lugar cuando muerto el liberto, sus patronos, sus patronas ó sus descendientes no se presentaban á obtener la *bonorum posesion undè legitimi*, dejando pasar el tiempo señalado al efecto, y sin pedir tampoco la que se concedia *tamquàm ex familiâ*. En este caso en virtud de la *undè liberi patroni et patronæ, liberique eorum*, podian los citados patronos, ó en defecto de ellos sus descendientes ó ascendientes, obtener los bienes del liberto. Algunos autores distinguidos, y entre ellos Hotman, Bacovio, Vinnio y Heineccio encuentran exagerada, y no sin razon, una proteccion tan repetida como la que el pretor dispensó á los patronos, pareciendo que se empeñaba en otorgarles lo mismo que ellos despreciaban. Esto ha dado lugar á que algunos jurisconsultos modernos hayan pretendido dar á esta parte del edicto del pretor una significacion diferente á la que expuso Teófilo: segun ellos la *bonorum posesion*, de que se trata, deberia referirse al patrono del patrono del liberto difunto, interpretacion en que mas luce el ingenio de los que la han inventado, que la solidez de las razones en que pretenden apoyarla. Ni el silencio de Ulpiano de quien, como se ha visto en los orígenes, está tomado este párrafo de las Instituciones de Justiniano, ni la autoridad de Teófilo, tan respetable en los puntos que los estudios históricos no han alcanzado á descubrir con toda claridad, permiten á mi juicio seguir semejante opinion poco conforme con el espíritu del derecho pretorio. El verdadero objeto de esta parte del edicto fué sin duda favorecer á los descendientes y ascendientes del liberto, sin considerar la agnacion sino solo los vínculos de la sangre, puesto que ni por la *bonorum posesion undè legitimi*, ni por la *tamquàm ex familiâ* se atendia á estos. El derecho que tenian los patronos, patronas y sus descendientes ó ascendientes para concurrir á esta sucesion, era solo por accidente; no debiendo parecer tan extraordinaria esa multiplicacion de remedios, porque lo mismo sucedia con las personas que dejando pasar la *bonorum posesion undê liberi* y *undè legitimi*, obtenian la *undè cognati*.

Septimô viro et uxori.—La *bonorum posesion undè vir et uxor* era la que se concedia al cónyuge sobreviviente que no estaba divorciado (1): de este modo suplia el pretor el vacío que habia dejado el derecho civil respecto á la sucesion de los cónyuges, cuando la mujer no habia entrado por la *conventio in manum* en la familia civil del marido.

---

(1) §§. inicial y 1 de la ley 1, tít. XI, lib. XXXVIII del Dig.

Octavô cognatis manumissoris.—Por la bonorum posesion *undè cognati manumissoris* se concedian los bienes del liberto á los cognados del patrono, en defecto de las personas que tenian derecho preferente sobre ellos por otras partes del edicto del pretor.

La ley Julia caducaria deferia al pueblo los bienes que dejaba el que no tenia persona alguna que fuera llamada por el pretor á la sucesion (1). Despues, y especialmente en tiempo del Emperador Adriano, estos bienes en parte pertenecian al fisco (2), al cual correspondian ya todos en tiempo de Caracalla (3).

4 Sed eas quidèm prætoria induxit jurisdictio. Nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes, contra tabulas quidèm et secundùm tabulas bonorum possessiones admisimus, *utpotè necessarias* constitutas, nec non ab intestatô, UNDE LIBERI, et UNDE LEGITIMI bonorum possessiones.

La jurisdiccion del pretor introdujo estas *bonorum posesiones.* Mas nosotros, no queriendo dejar cosa alguna sin examen, y corrigiendo todo por medio de constituciones, hemos conservado como necesarias las *bonorum posesiones contra tabulas* y *secundùm tabulas,* y en el órden de suceder *ab intestatò* las UNDE LIBERI y UNDE LEGITIMI. 4

ORÍGENES.

No existen las constituciones á que este párrafo se refiere.

Comentario.

Utpotè necessarias.— Cuatro son las *bonorum posesiones* que aquí se reputan como necesarias: *contra tabulas*, *secundùm tabulas*, *undè liberi* y *undè legitimi.* La *bonorum posesion contra tabulas* es indispensable á los hijos emancipados, que el derecho civil reputaba como extraños, y por lo tanto quedarian excluidos de la sucesion sin el remedio pretorio. La *secundùm tabulas* podia ser necesaria en caso de que faltase al testamento alguna de las solemnidades que el derecho civil exigia. La *undè liberi* era tambien de necesidad á los hijos emancipados, antes de la novela 118, porque no se les llamaba por derecho civil y sí solo por el pretor. Por último, la *undè legitimi* antes de la novela 118 podia ser útil, pero no necesaria, que es la calificacion aplicada por el texto, porque el pretor no daba los derechos de sucesion legitima á ninguno á quien no los hubieran otorgado la ley, los senado-consultos ó las constituciones imperiales.

---

(1) §. 7, tit. XXVIII de las Reglas de Ulpiano.
(1) §. 6, ley 20, tit. III, lib. V del Dig.
(3) §. 2, tit. XVII de las Reglas de Ulpiano.

6 Quæ autem in prætoris edictô
quintô locô posita fuerat, id est,
UNDE DECEM PERSONÆ, eam piô pro-
positô et compendiosô sermone *su-
pervacuam ostendimus*: cum enim
præfata bonorum possessio decem
personas præponebat extraneo ma-
numissori, nostra constitutio, quam
de emancipatione liberorum feci-
mus, omnibus parentibus eisdem-
que manumissoribus contractâ fidu-
ciâ manumissionem facere dedit, ut
ipsa manumissio eorum hoc in se
habeat privilegium, et supervacua
fiat prædicta bonorum possessio.
Sublatâ igitur præfatâ quintâ bono-
rum possessione, in gradum ejus
sextam anteà bonorum possessio-
nem induximus, et quintam feci-
mus, quam prætor proximis cogna-
5 tis pollicetur. Cumque anteà septi-
mô locô fuerat bonorum possessio
TAMQUAM EX FAMILIA, et octavô UNDE
LIBERÌ PATRONI PATRONÆQUE ET PA-
RENTES EORUM, utramque per con-
stitutionem nostram, quam de jure
patronatus fecimus, penitùs vacua-
vimus: cum enim ad similitudinem
successionis ingenuorum libertino-
rum successiones posuimus, quas
usque ad quintum tantummodò gra-
dum coarctavimus, ut sit aliqua in-
ter ingenuos et libertos differentia,
sufficit eis tàm contra tabulas bo-
norum possesio, quàm UNDE LEGI-
TIMI et UNDE COGNATI, ex quibus pos-
sint sua jura vindicare, omni scru-
pulositate et inextricabili errore
duarum istarum bonorum posses-
6 sionum resolutâ. Aliam verô bono-
rum possessionem, quæ UNDE VIR
ET UXOR appellatur, et nonô locô
inter veteres bonorum possessio-
nes posita fuerat, et in suô vigore
servavimus, et altiore locô, id est
sextô, eam posuimus, decimâ ve-
teri bonorum possessione, quæ erat
UNDE COGNATI MANUMISSORIS propter

Guiados por consideraciones loa- 4
bles y usando de breves palabras
hemos suprimido la *bonorum pose-
sion* UNDE DECEM PERSONÆ que el
edicto del pretor colocó en quinto
lugar; porque prefiriéndose por ella
diez personas al manumitente estra-
ño, ha venido á ser inútil desde que
en una constitucion, que hemos
promulgado acerca de la emancipa-
cion de los descendientes, decidi-
mos que toda emancipacion hecha
por ascendientes se entiende cele-
brada con la cláusula de fiducia,
correspondiendo por lo tanto los
derechos de manumision al ascen-
diente emancipante. Suprimida esta
quinta *bonorum posesion*, hemos
dado su lugar á la que antes tenia
el sexto, y hemos hecho quinta á
aquella que el pretor promete á los
mas próximos cognados. Y como 5
antes ocupaba el sétimo lugar la *bo-
norum posesion* TAMQUAM EX FAMI-
LIA, y el octavo la UNDE LIBERI PA-
TRONI PATRONÆQUE ET PARENTES EO-
RUM, hemos suprimido una y otra
por una constitucion que hicimos
acerca del derecho de patronato,
porque, habiendo arreglado la su-
cesion de los libertinos á semejanza
de la de los ingénuos, restringién-
dola hasta el quinto grado á fin de
que haya entre ellas alguna diferen-
cia, bastan para que aquellos pue-
dan hacer valer sus derechos las *bo-
norum posesiones contra tabulas,*
UNDE LEGITIMI y UNDE COGNATI, con
lo cual se salvan todas las sutilezas
y los rodeos dificultosos de estas
dos *bonorum posesiones.* Hemos 6
conservado en su fuerza, y puesto
en un lugar preferente al que tenia,
la *bonorum posesion* UNDE VIR ET
UXOR, colocándola en el lugar sexto
en vez del noveno que tenia antes,
entre los antiguos, y hemos supri-
mido la décima UNDE COGNATI MANU-

causas enarratas, meritò sublatâ: ut sex tantummodò *bonorum possessiones ordinariæ* permaneant, suô
7 vigore pollentes. Septima eas secuta, quam optimâ ratione prætores introduxerunt. Novissimè enim promittitur edictô his etiam bonorum possessio, quibus ut detur, *lege vel senatus-consultô vel constitutione* comprehesum est, quam neque bonorum possessionibus, quæ ab intestatô veniunt, neque iis, quæ ex testamentò sunt, prætor stabile jure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, proùt res exigit, acommodavit scilicèt his, qui ex legibus, senatus-consultis, constitutionibus principum ex novô jure, vel ex testamentô, vel ab intestatô veniunt.

MISSORIS por las causas referidas, de modo que solo quedan seis *bonorum posesiones* ordinarias. Viene 7
despues de ellas una sétima *bonorum posesion*, que el pretor introdujo por razones poderosas. En efecto, el pretor promete en último lugar la *bonorum posesion* á aquellos que deben obtenerla en virtud de una ley ó de un senado-consulto ó de una constitucion imperial, cuya *bonorum posesion* el pretor no coloca en un órden fijo entre las que se dan *ab intestatô* ni entre las testamentarias, sino que, considerando este recurso como último y extraordinario, lo acomada con arreglo á las circunstancias á los que vienen á una sucesion testada ó intestada en conformidad de las leyes, de los senado-consultos y del derecho nuevo introducido por las constituciones imperiales.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano (§§. inicial y 2, ley única, tít. XVI, lib. XXXVII del Dig.)

Comentario.

Supervacuam ostendimus.—Desde el momento en que se decidió que toda emancipacion se reputase hecha con la cláusula de fiducia, no hubo en rigor manumitente estraño, y por lo tanto fué ya inútil la *bonorum posesion* introducida antes para dar la sucesion á diez parientes del emancipado, con preferencia al manumitente. Agrégase á esto que los antiguos ritos de la emancipacion habian desaparecido totalmente en tiempo de Justiniano, y que con arreglo á una constitucion suya (1) de que se ha hablado en esta misma obra (2), bastaba que el padre manifestase ante juez competente su voluntad de que queria emancipar al hijo, para que este se tuviera como emancipado.

Tamquàm ex familiâ: unde liberi patroni patronæque et parentes eorum: unde cognati manumissoris.— Las modificaciones que Jus-

(1) Ley 6, tit. XLVIII, lib. VIII del Cód.
(2) §. 6, tit. XII, lib. I.

tiniano introdujo en el derecho de patronato, hacian insostenibles estas *bonorum posesiones.*

Sex bonorum possessiones ordinariæ.—Obsérvese aquí que habia dos clases de *bonorum posesiones*, ordinarias unas, y extraordinarias las otras. Llamábanse *ordinarias* aquellas que el pretor daba á ciertas personas que se hallaban en un órden y en un caso determinado, á cuya clase pertenecian las diez antes referidas y refundidas en seis por Justiniano; *extraordinarias* eran las que, establecidas por las leyes, senado-consultos ó constituciones imperiales, no tenian una clase particular señalada á que se refirieran. De las ordinarias quedaron subsistentes las dos que, como se ha visto antes, provenian *ex testamentô*, y de las que se daban *ab intestatô*, las *undè liberi, undè legitimi, undè cognati, undè vir et uxor*, suprimiéndose las otras cuatro.

Lege vel senatus-consultô vel constitutione.—Estas *bonorum posesiones* se llamaban *uti ex legibus*, y á ellas alude la denominacion de extraordinarias mencionada en la division que antecede. Varias habia de esta clase: tales eran entre otras la que se deferia á la patrona en virtud de la ley Papia Poppea (1), la concedida al pueblo (2) primeramente y despues al fisco (3) para obtener los bienes caducos, y la que se daba á los hijos de un mismo padre y una misma madre, pero relacionados con lazo de parentesco servil para sucederse mútuamente como cognados (4).

8 Cum igitur *plures species* successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, et in unaquâque specie successionis sæpè *plures* extent *dispari gradu personæ: ne actiones creditorum differrentur*, sed haberent, quos convenirent, et ne facilè in possessionem bonorum defuncti mitterentur, et eô modô sibi consulerent, ideò *petendæ bonorum possessioni* certum
9 tempus præfinivit. Liberis itaque et parentibus tàm naturalibus quàm adoptivis in petendâ bonorum possessione anni spatium, ceteris centum dierum dedit. Et si intra hoc tempus aliquis bonorum possessio-

Habiendo el pretor introducido y dispuesto por órden diferentes especies de sucesiones, y existiendo frecuentemente en cada una de ellas muchas personas que estan en grados diferentes, les fijó un término para que pidieran la *bonorum posesion*; tanto con objeto de que los acreedores no tuvieran en suspenso sus acciones por falta de persona contra quien dirigirse, cuanto para que no fueran puestos fácilmente en posesion de los bienes del difunto, y de este modo mirasen por sus intereses. Al efecto señaló á los descen- 9
dientes y ascendientes, así naturales como adoptivos, el espacio de

(1) §§. 5, 6 y 7, tít. XXIX de las Reglas de Ulpiano.
(2) Ley 7, tít. XXVIII de las Reglas de Ulpiano.
(3) §. 2, tít. XVII de las Reglas de Ulpiano.
(4) §. 10, tít. VI, lib. III de estas Inst.

nem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit; vel, si nemo sit *deincèps ceteris* perindè bonorum possessionem ex successoriô edictô pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eô numerô non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non, quousquè tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur, sed statim ceteri ex eôdem edictô admittuntur (*a*). In petendâ autem bonorum possessione *dies utiles* singuli considerantur (*b*).

un año, y á los demás el de cien dias. Si alguno dejase trascurrir este término sin pedir la *bonorum posesion*, su parte acrece á los que estan en el mismo grado: si no hay otro en él, la *bonorum posesion* pasa, segun el edicto sucesorio, al grado que sigue, del mismo modo que si no existiese el precedente. Pero si alguno repudia la *bonorum posesion* que se le defiere, no se espera á que espire el término señalado para pedirla, sino que son inmediatamente llamados con arreglo al mismo edicto los sucesores que le siguen (*a*). Para pedir la *bonorum posesion* solo se cuentan los dias útiles (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 10, tít. XXVIII de sus Reglas.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 2, tít. XV, lib. XXXVIII del Dig.)

Comentario.

Plures species: plures dispari gradu personæ.—Conviene no confundir las especies ú órdenes de suceder con los grados. Cada clase de *bonórum posesion* formaba un órden; así en la reforma de Justiniano habia cuatro órdenes de *bonorum posesiones ab intestatô*, esto es, *unde liberi*, *unde legitimi*, *unde cognati* y *unde vir et uxor*. Los grados estan dentro de las órdenes de suceder; así es que dos personas que se hallen comprendidas en el mismo órden, pueden estar ya en grado igual, ya en grado desigual con relacion al difunto. Mas debo advertir que no siempre la palabra *grado* se toma del modo riguroso que acabo de manifestar, puesto que algunas veces se aplica en el sentido en que el texto usa la palabra *species* (1). Es claro que solo puede haber grados en las *bonorum posesiones* de los descendientes, de los agnados y de los cognados, pero no en las del marido y de la mujer.

Ne actiones creditorum differrentur.—No son solamente las razones que da Justiniano las que movieron al pretor á señalar tiempo para pedir la *bonorum posesion*: el edicto sucesorio tendia además á favorecer á aquellos que estuvieran en órden ó grado mas

(1) Ley 5, tít. VIII; y §. inicial, ley 1, tít. XV, lib. XXXVIII del Dig.

lejano, y en defecto de todos al fisco, para que pudieran á su vez aprovecharse de la herencia qué no habia pedido el que le precedia en grado ó en órden.

Petendæ bonorum possessioni.—Antiguamente era necesario pedir solemnemente la *bonorum posesion*, como se infiere de una constitucion de los Emperadores Maximiliano y Diocleciano que está en el Código (1); derecho que fué modificado despues, como se verá en el párrafo último de este título.

Deincèps ceteris.—La palabra *ceteris* alude á los que, siendo llamados en el mismo órden, se hallaban en un grado inferior, y en defecto de estos, á los mas próximos del grado siguiente, porque el edicto sucesorio no tenia lugar sino entre personas de diferente órden ó grado.

Dies utiles.—Los dias ó son continuos *ó útiles*: llámase *contínuos* á los que corren sin interrupcion de ninguna clase; y *útiles* á aquellos en que puede acudirse al magistrado demandando un derecho. Para que se computen como tales, es menester que el interesado sepa que le corresponde la *bonorum posesion* y pueda pedirla (2)

10 Sed benè anteriores principes et huic causæ providerunt, ne quis pro petendâ bonorum possesione curet, sed, *quôcumque modô* si admittentis eam indicium intra statuta tamen tempora ostenderit, plenum habeat earum beneficium.

Mas los Emperadores que nos han precedido prescribieron sábiamente que nadie fuera obligado á pedir la *bonorum posesion*, pero que, manifestando de cualquier manera en el término prefijado su intencion de aceptarla, gozase plenamente de su beneficio. 10

ORÍGENES.

Alude á dos constituciones del Emperador Constantino, que son las leyes 8 y 9 del tit. IX del lib. VI del Cód.

Comentario.

Quôcumque modô.—Antiguamente la *bonorum posesion*, debia ser pedida con fórmulas solemnes al pretor, y en las provincias al que las gobernaba. El Emperador Constancio cambió el antiguo derecho, estableciendo primeramente que no parase perjuicio á los que por rusticidad, ignorancia, ausencia ó cualquier otra causa no pedian oportunamente la *bonorum posesion* á que eran llamados (3), y declarando despues que bastaba manifestar la intencion de aceptar la herencia ante cualquier juez (4).

---

(1) Ley 1, tit. LIX, lib. VI.
(2) Ley 2, tit. XV, lib. XXXVIII del Dig.
(3) Ley 8, tit. IX, lib. VI del Cód.
(4) Ley 9, tit IX, lib. VI del Cód.

Esto es lo que las Instituciones del Emperador Justiniano contienen respecto á las *bonorum posesiones*: conviene, sin embargo, añadir alguna cosa para dejar completo el conocimiento elemental de materia tan interesante. Ulpiano dice (1) que la *bonorum posesion* se daba ó *cum re ó sine re*: *cum re* cuando el que recibia los bienes podia retenerlos; *sine re*, cuando otro, asistido por el derecho civil, podia conseguir la herencia, por ejemplo, si teniendo el que habia muerto *ab intestató* un *heredero suyo*, este no pidiera la *bonorum posesion*, con derecho de pedirla pasaria entonces al mas próximo; pero *sine re*, porque el heredero *suyo* tendria el derecho de conseguir la herencia, y por lo tanto todos y cada uno de los bienes hereditarios.

Tampoco hablan las Instituciones de Justiniano de la *bonorum posesion* que se daba con motivo de quedar en cinta la mujer, ni del edicto Carboniano, sin embargo de que á cada una de estas *bonorum posesiones* consagra un titulo el Digesto (2).

En otro lugar (3) se ha manifestado que el testamento en que el póstumo era preterido, quedaba subsistente hasta que se rompia por el nacimiento de este; mas el pretor, tan solicito por los intereses de todos, no descuidó á los que estando concebidos no habian visto aun la luz. Atendiendo, pues, á que inmediatamente que el póstumo nacia podia echar por tierra la última voluntad que le perjudicaba, y que antes de nacer no habia medio para conservarle la integridad de los derechos que algun dia podian corresponderle, el pretor le socorrió llamando á la *bonorum posesion* á la mujer embarazada, *bonorum posesion* que se diferenciaba de todas las demás en ser temporal, es decir, hasta que se verificase el nacimiento ó quedasen desvanecidas las esperanzas de que se realizara: á esto se llamaba dar la *bonorum posesion* al vientre, *ventrem in possessionem mittere*. Mientras se creia que existia el embarazo, debia nombrarse un curador para la administracion de los bienes, el cual cuidaba de que estuviera asistida la mujer embarazada como correspondia á su clase y circunstancias; por esto se decia que este curador era para los bienes y para el vientre. Debe advertirse que bajo la denominacion de *venter*, al hablar de esta materia, unas veces las leyes romanas designan á la mujer embarazada y otras al póstumo.

No se manifestó el pretor menos solícito á favor de los huérfanos á quienes á un mismo tiempo se disputaba la filiacion y la herencia. A estos aludia *el edicto Carboniano*, llamado así porque el primero que propuso en su edicto ese remedio fué Cneo Papirio Carbon.

---

(1) §. 13, tít. XXVIII de sus Reglas.
(2) Títulos IX y X, lib, XXXVII.
(3) §. 1, tít. XIII lib. II de estas Inst.

En él se prevenia que si se suscitaba una controversia acerca de si un impúbero era ó no descendiente, se le diese con conomiento de causa la *bonorum posesion*, del mismo modo que si no se hubiera suscitado pleito, y se difiriese este para cuando el huérfano llegase á la pubertad (1). Esta *bonorum posesion* se daba ya *secundùm tabulas*, ya *contra tabulas*, ya *ab intestatò*, segun los casos. Se otorgaba cuando despues de tomar un conocimiento sumario de la causa, creia el pretor que habia motivos suficientes á favor de la filiacion que queria ponerse en duda y solo tenia el carácter de provisional.

De las variaciones introducidas por las novelas en el modo de sucéder ab intestato.

Las leyes de sucesion intestada, de que se ha tratado en los títulos anteriores, constituian un sistema complicado, difícil y falto de armonía. La sucesion establecida por las leyes de las Doce Tablas recibió, como se ha visto, modificaciones contínuas por los edictos de los pretores, por la interpretacion de los jurisconsultos, por los senado-consultos y por las constituciones de los Emperadores. Las reformas que sucesivamente se hacian en ella, ponian de manifiesto la necesidad de emprender otro sistema mas sencillo y mas adecuado á las ideas que iban prevaleciendo. Justiniano, á quien no se puede negar el título de reformador hasta un extremo á veces poco justificado, no desaprovechó la ocasion que se le brindaba de hacer una alteracion radical y completa en las antiguas leyes de sucesion intestada, alteracion que no está comprendida en las Instituciones, por haber sido, con fecha posterior, verificada por medio de las novelas. Fundándose Justiniano, en la afeccion mayor ó menor que se tiene á las personas unidas con los vínculos de la sangre, y desechando las tradiciones históricas que habian servido para desfigurar este principio, hizo desaparecer por completo la familia civil, y sucesivamente llamó á la herencia á los descendientes, á los ascendientes y á los colaterales, personas á cuyo favor es de creer que habria testado el difunto, si hubiera manifestado su postrera voluntad. Cuatro son los órdenes de herederos que estableció: 1.° el de los descendientes: 2.° el de los ascendientes, de los hermanos y hermanas de padre y madre, y de los hijos de estos: 3.° el de los hermanos y hermanas consanguíneos y uterinos y de sus descendientes: 4.° el de los demás colaterales.

---

(1) §. inicial, ley 1, tít. X, lib. XXXVII del Dig.

Sucesion de descendientes.

Los descendientes legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio suceden con exclusion de todos los demás parientes: no hay entre ellos diferencia por provenir de varon ó de hembra, ni por el carácter de herederos *suyos*, hijos emancipados ó adoptivos, ni por ser el difunto *sui* ó *alieni juris*. Los hijos suceden *in capita*, los descendientes de ulterior grado *in stirpes*, representando á sus respectivos ascendientes, y ocupando el lugar que hubieran tenido sus padres si concurrieran á la sucesion (1).

Mas á pesar del principio general por el que son preferidos los descendientes á todas las demás personas respecto á la sucesion intestada, hay tres casos en que el cónyuge sobreviviente es admitido con aquellos á participar de la herencia, á saber: 1.° Cuando queda una viuda pobre é indotada, la cual entra á percibir la cuarta parte de la herencia si su marido no ha dejado mas que tres descendientes, y la porcion viril si es mayor el número de estos. Se reputan como un solo descendiente los que lo son de un hijo que hubiera muerto antes que su padre, no teniéndose en cuenta para este efecto que los descendientes sean habidos del matrimonio á que habia sobrevivido la mujer que concurre á la herencia, ó de otros anteriores. Si la viuda concurre solamente con sus propios hijos, debe reservarles la propiedad de lo que se le adjudique, no percibiendo mas que el usufructo (2). 2.° Cuando el difunto que es hijo de familia deja descendientes, puesto que entonces el padre reserva el usufructo que ha obtenido ya sobre los bienes adventicios del hijo, segun queda expuesto en otro lugar (3). 3.° En virtud de una constitucion de los Emperadores Teodosio y Valentiniano (4) el padre de familia concurre con los hijos que tiene en su poder á la sucesion de la mujer y madre respectivamente, correspondiéndole el usufructo de todos los bienes, y habiendo salido los descendientes de su poder, el de una porcion viril.

Los hijos ilegítimos, si son naturales, suceden á la madre, bien concurran solos ó bien con otros hijos legítimos (5); al padre suceden solo en dos onzas, ó lo que es lo mismo en una sexta parte de la herencia, á no ser que deje hijos legítimos, porque entonces no podrán obtener mas que alimentos (6). Los hijos espurios (*vulgò quæsiti*)

---

(1) Cap. 1 de la nov. 118.
(2) Cap. 5 de la nov. 117.
(3) §§. 1 y 2, tít. IX, lib. II de estas Inst.
(4) Ley 3, tít. LX, lib. VI del Cód.
(5) Ley 5, tít. LVII, lib. VI del Cód.
(6) Cap. 12 de la nov. 89.

suceden siempre á la madre cuando no existen otros hijos, y habiendo legítimos, concurren con ellos, si la madre no es mujer ilustre (1), pero nunca son llamados á la sucesion del padre. Los hijos de incesto ó de ayuntamiento condenado por las leyes, nada pueden recibir, ni aun los alimentos, de la herencia de su padre ni de su madre (2).

Los hijos adoptivos, mientras dura la patria potestad, estan en el mismo caso que los legítimos, por consecuencia de la ficcion legal en que se funda la adopcion; pero esto se entiende solo con respecto al padre y á sus parientes, no en cuanto á la mujer del adoptante y á los parientes de esta, con los cuales no está unido el adoptado ni por vínculos naturales ni civiles.

Sucesion de los ascendientes, de los hermanos de padre y madre y de los hijos de estos.

Cuando el difunto no deja descendientes, son llamados á la sucesion los ascendientes, ó solos ó con los hermanos y hermanas de padre y madre, si el finado los tuviere, ó con los hijos de dichos hermanos y hermanas, pero no con los nietos.

Cuando solo concurren los ascendientes, los mas próximos en grado escluyen á los otros; los que estan en el mismo grado y en la misma línea dividen la herencia por personas; si pertenecen á las dos líneas, la sucesion se parte por mitad entre ambas sin distincion alguna por razon de provenir los bienes de una ú otra línea. A este modo de suceder dan comunmente los intérpretes la denominacion *in lineas*, puesto que no le cuadra la de *in stirpes*, por no tener lugar el derecho de representacion. La mitad corresponderá en cada línea al mas próximo, y si hubiere en ella dos ó mas que esten en el mismo grado, partirán entre sí la porcion que á su línea corresponda (3).

Cuando, además de los ascendientes, dejare el difunto hermanos ó hermanas de padre y madre, la sucesion se dividirá por cabezas *in capita*, y no por líneas; y debe advertirse que esta sucesion tiene la singularidad de que no corresponde al padre el usufructo de la porcion que se defiere al hijo que está en su poder (4). Los hijos de hermanos ó hermanas por ambas líneas, cuyos padres hayan fallecido, vendrán por derecho de representacion á tomar la parte que á sus respectivos padres hubiera correspondido en su caso, su-

---

(1) Ley 5, tít. LVII, lib. VI del Cód.
(2) Cap. 6 de la nov. 74; y cap. 15 de la 89.
(3) Cap. 2 de la nov. 118.
(4) Dicho cap. 2.

cediendo por lo tanto *in stirpes* (1). Cuando el difunto no ha dejado ascendientes sino solamente hermanos ó hermanas de padre y madre, estos parten la herencia por personas, *in capita*: si con ellos concurren sobrinos, hijos de hermanos ó hermanas de la misma clase, que hayan fallecido, entran estos sobrinos á heredar con sus tios *in stirpes*, esto es, en representacion de su padre ó madre, percibiendo todos los hijos de un hermano la parte que este hubiera llevado (2). Mas si el difunto ha dejado solamente hijos de hermanos ó hermanas de padre y madre, estos suceden por derecho de representacion, opinion que, siguiendo á Acursio, me parece la mas probable, aunque no encuentro un texto expreso en que apoyarla, ni desconozco las poderosas razones en que Azon funda la contraria.

Por último, en el caso de que el difunto deje ascendientes y sobrinos hijos de hermanos ó hermanas de padre y madre, y no hermanos y hermanas, solo participarán de la herencia los ascendientes (3).

Si con los ascendientes ó con los hermanos concurre la mujer pobre é indotada, deberá percibir la cuarta parte de la herencia, que segun ya se dijo, le correspondia aun en el caso de que el difunto dejara descendientes, cuando estos no pasaban de tres; regla que es estensiva á los otros dos órdenes de suceder *ab intestatô*, de que despues se tratará.

Respecto á los ascendientes ilegítimos hay un principio general, á saber, que suceden á sus descendientes en los mismos casos que estos les suceden á ellos, de modo que puede decirse que la sucesion entre ascendientes y descendientes ilegítimos es recíproca.

Lo mismo se observa comunmente en la adopcion, á no ser en la hecha por un estraño respecto al hijo ó hija que estuviera constituido en patria potestad de otro, porque entonces el adoptado sucede al adoptante, pero no el adoptante al adoptado, segun queda expuesto en otro lugar (4).

Sucesion de los hermanos y hermanas consanguíneos y uterinos, y de sus descendientes.

Despues de los hermanos y hermanas de padre y madre, entran los hermanos y hermanas que solo lo son por uno ú otra, y sus hijos cuando los padres murieron antes de la persona de cuya sucesion

---

(1) Cap. 1 de la nov. 127
(2) Cap. 2 de la nov. 118.
(3) Cap. 1 de la nov. 127.
(4 §. 2, tit. XI, lib. II de estas Inst.

se trate: entonces los hermanos y hermanas suceden *in capita*, y los sobrinos *in stirpes* (1). Suelen agitar con este motivo los jurisconsultos la cuestion de si en esta sucesion deberá hacerse division de los bienes que adquirió el difunto por la línea paterna y por la materna, adjudicándolos respectivamente á aquellas personas por cuya línea venga el parentesco. Paréceme que habiéndose confundido ya estos bienes en el difunto, y perdido por lo tanto su cualidad de paternos ó maternos, no puede haber lugar á semejante separacion, y que deberá guardarse plena igualdad entre los hermanos por una y otra parte.

Sucesion de los demás colaterales.

Despues de los hermanos por ambas líneas ó por una sola, vienen los demás colaterales, sin distincion del doble vínculo de parentesco de sexo, ni de agnacion ni cognacion. Entre ellos los mas próximos siempre excluyen á los mas remotos, y los que estan en igualdad de grado suceden *in capita* (2), siendo de observar aquí que ni el doble vínculo de parentesco, ni el derecho de representacion pasan mas allá de los hijos de los hermanos.

Para completar esta materia, añadiré pocas palabras respecto á la sucesion de los parientes ilegítimos en los bienes de sus parientes laterales. Cuando son hijos de un mismo padre y de diferentes madres, ni se suceden mútuamente, ni á los demás parientes por parte de padre: por el contrario, si son hijos de una misma madre, aunque de diferentes padres, tienen el derecho mútuo de sucesion, y son admitidos *ab intestatô* á la sucesion de los demás parientes, como estos á su vez lo son á la suya (3).

Comparacion de las doctrinas del derecho romano, en materia de sucesiones intestadas, con las del derecho español.

Las leyes españolas respecto á sucesiones intestadas estan basadas sobre los mismos principios que las romanas. Tienen, sin embargo, algunas diferencias de grande trascendencia, de que debo aquí hacer mencion. Advertiré ante todas cosas que los cuatro órdenes de sucesion intestada por derecho romano, entre nosotros estan reducidos á tres: de descendientes, de ascendientes y de parientes laterales.

---

(1) Cap. 3. de la nov. 118.
(2) §. 1, cap. 3 de la nov. 118.
(3) §. 4, tít. V, lib. III de estas Inst.

Respecto á la sucesion de los descendientes. El primer órden de sucesion es tambien el de los hijos, nietos y demás descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, si bien los que estan en primer grado heredan *in capita*, y los demás *in stirpes* (1), del mismo modo que, segun queda dicho, se verifica por derecho romano: á falta de descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, entran los que lo son por autorizacion real (2).

Los hijos ilegítimos nunca concurren con los legítimos á la sucesion de la madre; pero si no hubiere legítimos ó legitimados, heredarán los naturales y en su defecto los espurios, con preferencia á los ascendientes (3). Los hijos naturales suceden al padre que no tiene legítimos como por derecho romano, en la sexta parte de la herencia, que dividirán con su madre, sin que pueda impedirlo la viuda del difunto (4). Los hijos de dañado y punible ayuntamiento están excluidos hasta de la herencia legítima de su madre, como lo están tambien de la testamentaria, si bien pueden recibir el quinto (5).

No está tan claro nuestro derecho respecto á la sucesion de los hijos arrogados y adoptados; la opinion que me parece mas probable es la de que hereden en el caso de que no hubiere descendientes legítimos ó naturales ni ascendientes (6).

La viuda, cuando carece de lo necesario para sostenerse con decoro, tiene opcion á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no esceda de cien libras de oro (7). Esta deduccion, que se reputa como una deuda legal, así tratándose de la sucesion testada como de la intestada, debe hacerse de todos los bienes. Los otros dos casos en que el derecho romano admitia á la sucesion al cónyuge sobreviviente con los descendientes, no tienen lugar entre nosotros.

Respecto á la sucesion de los ascendientes. Mas diversidad hay entre nuestro derecho y el romano por lo tocante al segundo órden de suceder. En él solo entran los ascendientes, con exclusion de los colaterales, aunque sean hermanos por ambas líneas (8). No hay por regla general separacion entre los bienes del padre y de la madre, á escepcion de aquellos pueblos donde está en observancia el fuero de troncalidad, en virtud del cual cada abuelo hereda lo que fué de su respectivo hijo (9).

---

(1) Ley 2, tít. VI, lib. III del Fuero Real: ley 3, tít. XIII, Part. VI; y ley 1, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.

(2) Ley 7, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.

(3) Ley 5, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.

(4) Leyes 8 y 9, tít. XIII, Part. VI.

(5) Ley 5, tít. XX. lib. X de la Nov. Rec.

(6) Ley 5, tit. VI. lib. III; leyes 1 ó 5, tit. XXI, lib. IV del Fuero Real; y ley 1, título XX, lib. X de la Nov. Rec.

(7) Ley 7, tit. XII, Part. VI.

(8) Leyes 1 y 2. tit. XX, lib. X de la Nov. Rec.

(9) Ley 10, tít. VI, lib. III del Fuero Real.

En la sucesion de los ascendientes ilegítimos se siguen recíprocamente las mismas reglas que se han expuesto para la de los descendientes de igual clase.

Por lo que hace á la viuda pobre es aplicable en esta sucesion, como en las demás, la doctrina que se ha manifestado al hablar de los descendientes.

Respecto á la sucesion de los colaterales. La sucesion de los parientes laterales no es siempre contínua entre nosotros, si no que frecuentemente se interrumpe por personas que no estan unidas con el finado por la línea trasversal. Expondré el órden de los llamamientos á la sucesion, pudiendo fácilmente cotejarse los puntos en que se separa nuestro derecho del romano. Los primeros llamados en este órden de suceder, son los hermanos del difunto por doble vínculo, y los hijos de estos á falta de sus padres: en defecto de ellos entran los hermanos y sobrinos que lo son solamente por parte de padre ó de madre; pero entonces los consanguíneos heredan los bienes que el difunto adquirió por su padre y los uterinos los que obtuvo por la madre. Cuando en estos casos concurren á heredar hermanos ó sobrinos únicamente, suceden por derecho propio, y por lo tanto *in capita*; mas cuando concurren hermanos y sobrinos, los primeros tambien suceden por derecho propio (*in capita*), y los segundos por representacion (*in stirpes*); siendo de advertir que tanto el derecho de representacion como la preferencia del doble vínculo, concluyen en los hijos de los hermanos. En defecto de hermanos y sobrinos carnales del difunto, entran los tios, y á falta de estos los primos carnales: todos ellos suceden por derecho propio, excluyendo los mas próximos á los mas remotos.

Recorrido el cuarto grado civil, si no hubiere herederos dentro de él, se interrumpe la sucesion para dar lugar á personas que estan unidas con el testador con vínculos no menos sagrados. Así, son llamados los hijos naturales legalmente reconocidos á la sucesion del padre, dándoseles preferencia, como antes se ha visto, en la de la madre á los mismos ascendientes. En defecto de los hijos naturales, sucede el cónyuge que sobrevive y no está separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento del otro, si bien despues de sus dias los bienes raices de abolengo pasan á los parientes laterales.

A falta de todas las personas mencionadas, vuelve la sucesion á correr por la línea de los laterales desde el quinto grado hasta el décimo *inclusive*, siendo llamado despues de todos ellos el fisco (1).

---

(1) La doctrina que aquí se expone respecto á los parientes laterales está tomada de las leyes 5 y 6, tít. XIII, Part. VI; ley 2, tít. XX, lib. X de la Nov. Rec.; y ley de 16 de mayo de 1835.

En la sucesion lateral de los ilegítimos los llamamientos se arreglan al órden siguiente: hermanos de padre y madre, con exclusion de los paternos; despues, los hermanos legítimos de parte de padre, y en defecto de estos, los ilegítimos naturales tambien por parte de padre. Los hermanos naturales no tienen derecho de heredar á sus hermanos habidos en legítimo matrimonio, ni á los demás parientes por parte de padre, pero heredan á los maternos siempre que sean los mas inmediatos en grado de parentesco (1).

Materias relativas á las sucesiones testada é intestada, no comprendidas en los títulos que anteceden.

He concluido de exponer las doctrinas que acerca de las sucesiones testada é intestada comprenden las Instituciones del Emperador Justiniano: he procurado llenar las lagunas que se observan respecto á puntos determinados, aprovechando las ocasiones en que podia hacerlo sin separarme demasiado de mi principal propósito. Pero aun quedan algunas materias de que conviene hacer ligeras indicaciones para completar, en la parte elemental al menos, la teoría del derecho romano. Estas materias son las relativas á la colacion de bienes, y á los bienes sujetos á reserva. Trataré de cada una de ellas con la posible concision.

Colacion de bienes.

La bonorum posesion que el pretor concedia á los hijos emancipados, los hacia participantes, segun queda expuesto, de los bienes paternos, igualándolos á los descendientes retenidos en potestad. Si esto se hubiera hecho simplemente y sin ninguna otra adicion, el resultado habria sido que los descendientes emancipados fuesen de mejor condicion que los herederos *suyos*, porque estos lo adquirian todo para el gefe de la familia, al mismo tiempo que aquellos retenian para sí todo lo que adquirian. A fin de corregir esta desigualdad, el pretor estableció que los hijos emancipados trajesen sus bienes á la herencia del padre comun, para que, aumentados á ella, se distribuyesen entre los que eran llamados á sucederle (2). Por esto dijo oportunamente Ulpiano (3), que el edicto del pretor consultaba manifiestamente á la equidad; y en efecto era asi, puesto que haciendo iguales á los herma-

(1) Ley 12, tít. XIII, Part. VI.
(2) §§. inicial, 1 y 5, tít. VI, lib. XXXVII del Dig.
(3) Dicho §. inicial.

nos, cortaba en su origen las envidias y disensiones que de otro modo se pudieran originar fácilmente entre ellos. Las Constituciones de los Emperadores, en parte dieron extension y en parte restringieron los principios que el derecho pretorio habia introducido. Los extendieron, estableciendo una constitucion del Emperador Leon (1), que todos los hijos, estuvieran ó no en potestad del que moria, trajeran sus bienes al acervo comun, tanto en la sucesion paterna como en la materna, bien fuese en el caso que no hubiera ningun testamento, ó bien se rescindiese este por la *bonorum posèsion contra tabulas* ó por la querella de testamento inoficioso. Los restringieron, porque con arreglo al edicto del pretor, solo se eximian de ser llevados al acervo comun los bienes castrenses y cuasi castrenses (2), y Justiniano (3) extendió tambien la exencion á los bienes adventicios, quedando de este modo sujetos á colacion los profecticios solamente.

Considerada, pues, la colacion tal como existe por el derecho de Justiniano, puede definirse: *el acto por el que los descendientes que concurren á la herencia de los ascendientes, traen al acervo comun los bienes profecticios para comunicarlos con los otros coherederos.* La obligacion de traer á colacion lo recibido del ascendiente de cuya sucesion se trata ó por contemplacion de él, alcanza á todos los descendientes, hállense ó no en potestad al tiempo de la muerte de su ascendiente, bien esten en primero ó bien en ulterior grado ocupando el lugar del primero, sean varones ó sean hembras, y no solo en la sucesion *ab intestatô*, sino tambien en la testamentaria (4).

Hay algunas cosas, sin embargo, que estan exceptuadas de la colacion, tales son: 1.° los gastos que se hacen por razon de estudios, á no ser que se pruebe que el padre quiso que se colacionaran (5), y aun entonces parece que nunca deberán serlo los alimentos consumidos: 2.° los gastos causados por razon de dignidad del hijo, los cuales, en el caso de no estar satisfechos, no deben gravar á aquel en cuyo beneficio redundan, sino á todos los herederos (6): 3.° los que se hicieron para redimir á los hijos del cautiverio (7): 4.° las donaciones por causa de muerte, los legados y fideicomisos (8); 5.° las donaciones remuneratorias, porque propiamente no son donaciones (9),

---

(1) Ley 17, tít. XX, lib. VI del Cód.
(2) §. 15, ley 1; tít. VI, lib. XXXVII del Dig.
(3) Ley 21, tít. XX, lib. VI del Cód.
(4) Cap. 6, de la novela 18.
(5) Ley 50, tít. II, lib. X del Dig.
(6) §. 16, ley 1, tít. VI, lib. XXXVII del Dig.
(7) Ley 17, tít. L, lib. VIII del Cód.
(8) §. 19 de la ley 1, tít. VI, lib. XXXVII del Dig.
(9) Ley 27, tít. V, lib. XXXIX del Dig.

sino la satisfaccion de una deuda (1), á lo que se agrega que deben considerarse mas bien como correspondientes al peculio adventicio (2), y que recibiéndolas el hijo del mismo modo que un extraño, no debe colacionarlas, pues este tampoco las colacionaría (3).

Entre los bienes colacionables se cuenta tambien la dote profecticia (4), la donacion *propter nuptias* (5) y todo lo demás que se hubiera dado al hijo ó hija por razon de matrimonio (6). La colacion de la dote tiene de singular que la hija en el caso de divorcio no debe llevar al acervo comun más que lo que de ella hubiere recuperado (7), á no ser que estando en la mayor edad y observando que el marido venia á pobreza, no empleara á tiempo los medios y recursos que le competian para conservarla íntegra (8).

No tiene lugar la colacion cuando el testador por sí hubiere dividido desigualmente sus bienes entre los hijos (9), cuando él mismo prohibiere la colacion (10), y por último, cuando el que debe colacionar estando contento con lo que recibió, no admite la herencia, con tal que la legítima quede salva á los demás.

Réstame solo advertir que la colacion se hace de tres maneras: ó llevando al acervo comun la cosa recibida tal como se hallaba al tiempo de la muerte de aquel de cuya sucesion se trata (11), ó teniendo por recibido lo mismo que debia comunicarse (12), ó por último, dando fiador ó prendas á los demás coherederos (13).

Trasmision de la herencia.

Principio general es que nadie traspasa á otro el derecho que en él no ha radicado: el que aun no ha adido la herencia, no puede, por lo tanto, traspasarla á sus sucesores. Esta regla, sin embargo, sufrió modificaciones interesantes, de que ligeramente trataré en este lugar.

Por trasmision se entiende *el derecho que aquel que no ha adido ni*

---

(1) §. 1, de la ley 34, tit. V, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 6, tit. LXI, lib. VI del Cód.
(3) Ley 10, tit. XX, lib. VI del Cód.
(4) §. inicial, ley 1, tit. VI, lib. XXXVII del Dig.; y leyes 12 y 19, tit. XX, lib. VI del Cód.
(5) Ley 20, tit. XXVIII, lib. III; y ley 21, tit. XX, lib. VI del Cód.
(6) Ley 8, tit. VII, lib. XXXVII del Dig.; y cap. 6 de la novela 18.
(7) §. 6, ley 1, tit. VII, lib. XXXVII del Dig.
(8) Cap. 6, de la novela 97.
(9) §. 1, ley 39, tit. II, lib. X del Dig.
(10) Cap. 6 de la novela 18.
(11) §. 11, ley 1, tit. VI, lib. XXXVII del Dig.
(12) §. 12 de la misma ley.
(13) §. 9 de la misma ley.

repudiado una herencia traspasa á sus sucesores, para que la admitan ó la repudien. De aquí se infiere que la herencia se trasmite no como adida, sino como con derecho á adirla, *non ut adita*, segun dicen los autores, *sed ut adeunda*, porque el trasmitente no puede traspasar al trasmisario mas que el derecho que él tenia.

Los herederos suyos, solo por el hecho de sobrevivir á una persona, trasmitian la herencia á cualesquiera descendientes (1), cosa muy conforme á la índole de las antiguas leyes que los consideraban como una especie de condueños durante la vida del padre en cuya potestad se hallaban. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano publicaron dos constituciones extendiendo á otras personas la trasmision de la herencia: una de dichas constituciones no se encuentra en el Código de Justiniano, y de consiguiente no debe ser considerada como parte de su derecho: hállase en el Código Teodosiano (2). Por ella se prevenia que en el caso de que un descendiente, constituido ó no en potestad, á quien se hubiera deferido la herencia, muriera en la infancia antes que en su nombre verificase el padre la aceptacion, pudiera este adquirir los bienes del mismo modo que si la hubiera hecho en vida de su hijo. En la otra constitucion (3) se establece que si los descendientes instituidos por un ascendiente cualquiera, murieren antes de la apertura de las tablas del testamento, conozcan ó no la voluntad del testador, trasmiten su derecho á sus descendientes de cualquiera sexo y grado que sean. Justiniano (4) fué mas adelante, ordenando que si el llamado á la sucesion testamentaria ó *ab intestatô*, sabiéndolo, moria en el término concedido para deliberar, ó antes de que este término estuviera fijado, con tal que fuese dentro del año que se le concede, tramitiria á su heredero el tiempo que le faltaba para que dentro de él pudiera aceptar ó repudiar la herencia; con esto se ensancharon extraodinariamente los límites de las trasmisiones.

Bienes sujetos á reserva.

Frecuente es que muerto un cónyuge dejando descendientes, el que sobreviva contraiga segundo matrimonio. En este caso las leyes tienen establecidas algunas precauciones para que no se conviertan en beneficio de los hijos habidos en segundas nupcias lo que habia adquirido del cónyuge premortuo, y aun á veces de los hijos de su primer enlace el que pasó al segundo matrimonio.

---

(1) Ley 3, tit. XXX; y ley 8, tit. LVI, lib. VI del Cód.
(2) Tit. I, lib. IV.
(3) Ley únic., tit. LII, lib. VI del Cód. de Just.
(4) Ley 19, tit. XXX, lib. VI del Cód.

Diferentes son las reglas que se siguen respecto á los bienes habidos del cónyuge, y de los heredados de los hijos de primer matrimonio. Cuando provienen del cónyuge, bajo cualquier título que sea, aun anterior al matrimonio, ó por consecuencia de sucesion testada ó intestada, está obligado el que sobrevive á reservarlos á los descendientes del primer matrimonio para que se dividan igualmente entre ellos, de tal modo que no puede disponer de parte alguna á favor de extraños, ni hacer de mejor condicion á ninguno de dichos descendientes en particular (1).

Lo mismo sucede respecto á lo que el cónyuge sobreviviente hereda de los hijos del primer matrimonio por título de sucesion intestada, si lo habian adquirido por razon del premortuo (2) El derecho anterior al imperio de Justiniano (3) hacia extensivo á la sucesion testada del hijo lo que acaba de expresarse acerca de la intestada; mas el citado Emperador estableció (4) que los bienes adquiridos por el ascendiente con ese título no estuviesen sujetos á reserva, dando por motivo que en tal caso el ascendiente sucedia como cualquier estraño. Por razon de analogía parece que deberia decirse lo mismo del caso de que los bienes provinieran de sucesion testada del cónyuge, lo que vendria á falsear la doctrina que antes he expuesto: no creo esto, sin embargo, siguiendo la opinion general de los jurisconsultos. Fúndome en que el derecho nuevo solamente habla de los bienes del hijo, cuando á haber sido su intencion comprender los del cónyuge, lo hubiera expresado sin duda. Agrégase á esto que los casos no son absolutamente iguales, tanto porque el que pasa á segundas nupcias causa cierta ofensa á la memoria del cónyuge que le precedió en el sepulcro, cuanto porque no es tan repugnante que los bienes de un hermano pasen á sus medio hermanos hijos del segundo matrimonio, aunque tenga hermanos por ambas líneas habidos en el primero, como el que se conviertan en favor de los hijos del segundo matrimonio los bienes que el primer cónyuge dejó á quien, olvidando su memoria, pasó á nuevo enlace.

Estando introducidas las reservas á favor de los hijos del primer matrimonio, no tienen lugar cuando no los hay ó cuando han fallecido antes del cónyuge que pasa á segundas nupcias. A estos casos añaden algunos autores el en que los hijos hubieran convenido en la celebracion del segundo matrimonio, porque creen que esto viene á ser una renuncia tácita de su derecho.

---

(1) §. inicial, ley 3, tit. IX, lib. V del Cód.; y cap. 23 de la novela 22.
(2) §. 1, ley 3. tit. IX, lib. V del Cód.; y §. 2. del cap. 46 de la novela 22.
(3) Dicha ley 3.
(4) §. 1, cap. 46 de la novela 22.

Comparacion de las doctrinas romanas y españolas sobre la colacion y los bienes sujetos á reserva.

Al comparar las doctrinas del derecho romano y español en el título XIX del Libro segundo de esta obra, manifesté que como los ascendientes ni en vida ni en muerte podian perjudicar á sus descendientes en la legítima, era necesario que las donaciones hechas por aquellos á estos, ó bien con causa ó bien meramente para ejercer su liberalidad, les fueran imputadas; y expuse al propio tiempo cuándo eran imputables en el tercio, quinto y legitima, y cuándo en la legítima, en el quinto y en el tercio. De aqui se infiere que todo lo que los descendientes han recibido de sus ascendientes es colacionable, aun en el caso de que sean mejorados; no con objeto de que se parta la donacion en que consiste la mejora, sino para saber si cabe ó no en los bienes del finado, pues si no cupiera, seria inoficioso en cuanto al esceso.

Hay leyes (1) en que expresamente se declara que los libros costeados por el padre para que el hijo aprenda alguna ciencia y los gastos hechos con este motivo no deben traerse á colacion. Comunmente opinan tos jurisconsultos españoles que los gastos hechos para la obtencion de grados académicos y para los honores y dignidades que no producen frutos civiles, no deben ser tampoco colacionables: no me atrevo á adoptar esta opinion, porque semejantes gastos no pueden enumerarse entre los alimentos consumidos, á que se refieren las leyes de Partida, al paso que son un capital anticipado que dá el padre á su hijo, constituyéndole de esta manera en mejor posicion social y con mas medios para adquirir que á los hermanos á quienes no hizo iguales anticipaciones.

Respecto á los bienes sujetos á reserva, tambien está nuestro derecho basado sobre el romano. Los bienes que el cónyuge que sobrevive ha heredado del finado por título de sucesion testada ó intestada, siempre estan sujetos á reserva, y lo mismo sucede con los que le vinieron de sucesion intestada del hijo del primer matrimonio: no asi en los que heredó por mera voluntad suya, como son las donaciones que del hijo hubiere recibido, y en el caso de sucesion testada la tercera parte de que podia disponer á favor de un extraño y no dispuso; la reserva comprende las otras dos terceras partes de la herencia, puesto que corresponden al padre por disposicion de la ley y no son un acto espontáneo del hijo, sucediendo en ellas el ascendiente como tal y no como extraño.

---

(1) Ley 3, tít. VI, Part. V; y ley 5, tít. XV, Part. VI.

TITULUS X.

De acquisitione per arrogationem.

TÍTULO X.

De la adquisicion por arrogacion.

Hasta aquí ha tratado el Emperador de los modos de suceder universales, en cuya virtud se reemplaza la persona jurídica del que falleció. En este título pasa á hacerlo de un modo de suceder al que todavía no ha dejado vacante su lugar sobre la tierra.

Est et alterius generis *per universitatem successio*, quæ *neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edictô*, sed eô jure, quod consensu receptum est, introducta est.

Hay otro modo de adquirir por título universal, que ni dimana de la ley de las Doce Tablas ni del edicto del pretor, sino del comun consentimiento.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 82, Com. III de sus Inst.

Comentario.

Per universitatem successio.—Ya se verá en el presente título que solo impropiamente puede llamarse universal este modo de adquirir.

Neque lege duodecim tabularum, neque prætoris edictô.—Bajo cierto punto de vista es indisputable lo que dice aquí el Emperador, porque ni la ley de las Doce Tablas, ni el edicto del pretor establecieron las adopciones. Mas es necesario tambien convenir que, admitido el principio de la adopcion por las costumbres, era conforme á la ley de las Doce Tablas que el que estaba en potestad agena nada tuviera propio, sino que todo perteneciera á su padre.

1 Eccè enim, cùm paterfamilias *sese in arrogationem dat, omnes res ejus* corporales, et *incorporales*, quæque ei debitæ sunt, arrogatori antè quidèm plenô jure acquirebantur, exceptis his, quæ per capitis-deminutionem pereunt, quales sunt *operarum obligationes*, et *jus agnationis* (*a*). *Usus* etenim *et ususfructus*, licèt his anteà connumerabantur, attamen capitis-deminutione minimâ eos tolli nostra prohibuit con-
2 stitutio (*b*). Nunc autem nos eamdem acquisitionem, quæ per arrogationem fiebat, coartavimus *ad si-*

Cuando un padre de familia se 1
daba en arrogacion, todas las cosas corporales é incorporales, del mismo modo que los créditos que le correspondian, á excepcion de lo que se extinguia por la capitis-diminucion, como son las obligaciones de servicios y el derecho de la agnacion, pasaban al arrogador (*a*). Tambien el uso y el usufructo se enumeraban antes entre los derechos que se extinguian por la capitis-diminucion; mas una constitucion nuestra ha resuelto que no se estingan (*b*). Ahora hemos coartado 2

militudinem naturalium parentum: nihil etenim aliud, *nisi tantummodò ususfructus*, tàm naturalibus patribus quàm adoptivis per filios familias acquiritur in his rebus, quæ extrinsecùs filiis obveniunt, dominiò eis integrò servatô (c) mortuô autem filiô arrogatô in adoptivâ familiâ, etiam dominium ejus ad arrogatorem pertransit, *nisi supersint aliæ personæ* quæ ex nostrâ constitutione patrem in his, quæ acquiri non possunt, antecedunt (*d*).

la adquisicion dentro de los mismos límites que la de los padres naturales. Los padres, bien sean naturales ó adoptivos, no obtienen, pues, mas que el usufructo de las adquisiciones hechas sin relacion á ellos por los hijos, quedando reservada á estos últimos la propiedad (c). Mas si el hijo arrogado muere en la familia adoptiva, la propiedad pasa al arrogador, á no ser que haya algunas personas que con arreglo á nuestra constitucion deban ser preferidas al padre respecto á las cosas que él no pueda adquirir (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§§. 82 y 83, Com. III de sus Inst.).
(*b*) La constitucion á que alude es la ley 16, tit. XXXIII, lib. III del Cód.
(c) La constitucion á que alude es la ley 6, tit. LXI, lib. VI del Cód.
(*d*) La constitucion á que alude es la ley 11, tit. LIX, lib. VI del Cód.

Comentario.

Sese in arrogationem dat. —Cayo en sus Instituciones (1) añade al modo universal de suceder por arrogacion el de la mujer casada que por la *conventio in manum* entraba en poder de su marido: omítelo oportunamente Justiniano.

Omnes res ejus. — En cada familia no habia mas que un solo propietario, á saber, el gefe de ella, como se ha dicho en otras ocasiones: de aqui provenia que todo lo adquirido por las personas que estaban en poder ageno, correspondiera siempre al único que civilmente era capaz de adquirir para sí mismo. Los peculios, que constituian una derogacion de la regla general, solo tenian lugar en la hipótesis para que se habían establecido.

Incorporales. —A esta clase de cosas incorporales que se trasmitian del arrogado al arrogador, pertenecen por ejemplo, la potestad que el arrogado tenia sobre sus hijos (2), y los créditos de que habla este texto en las palabras *quæque ei debitæ sunt.*

Operarum obligationes.—Esta frase significa los servicios que el liberto debia á su patrono en reconocimiento de la libertad que habia recibido. En otro lugar (3) he manifestado que el liberto tenia el deber de mirar como santa la persona del patrono, prestarle las obras

(1) §§. 82 y 83, Com. III.
(2) §. 11, tit. XI, lib. I de estas Inst.
(3) En el preámbulo del tit. V, lib. I de estas Inst.

oficiales, esto es, rendirle respeto y veneracion exterior en todos los actos, y las fabriles, á saber, las del oficio ó arte que profesaba cuando despues de la manumision las ofrecia con juramento. Las obras oficiales se extinguian por la arrogacion, porque no eran trasmisibles (1): no sucedia lo mismo con las fabriles que se trasmitian, y de consiguiente la obligacion contraida acerca de ellas entraba en la clase de las obligaciones comunes; así es que si un arrogado habia arrenda do el trabajo de su liberto, el derecho que les competia en virtud de este arrendamiento, pasaba indudablemente al arrogador (2).

Jus agnationis. —El arrogado por el hecho de entrar en una nueva familia, perdia los derechos que tenia en la antigua y dejaba de ser agnado en esta, puesto que nadie podia corresponder al mismo tiempo á dos familias civiles.

Usus et ususfructus.—En otro lugar (3) queda expuesto que Justiniano alteró el derecho antiguo en virtud del cual por la capitis diminucion mínima se extinguia el uso y el usufructo: deben por lo tanto pasar al arrogador.

Ad similitudinem naturalium parentum. — Todo lo que se ha dicho de peculios respecto al padre natural, debe ser extensivo tambien al arrogador porque seria absurdo dar á la paternidad fingida mas de lo que se concedia á la verdadera.

Nisi tantummodò ususfructus. —Segun el texto, solamente pertenece al padre arrogador el usufructo de los bienes que al arrogado correspondian, quedándole á este la propiedad. Tal limitacion y la que despues sigue respecto á la sucesion, autorizan á decir que, atendido el derecho de Justiniano, la arrogacion no era ya modo universal de adquirir.

Nisi supersint aliæ personæ.—Los descendientes y hermanos y hermanas del arrogado eran preferidos al arrogador en los bienes que á este pertenecian (4). Véase, pues cuán inoportunamente Justiniano, despues que habia modificado el antiguo derecho respecto á las adquisiciones del arrogado, quiso conservar á la arrogacion el carácter de modo universal de adquirir.

3 Sed ex diversô, pro eô, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipsô quidèm jure *arrogator non tenetur, sed nomine filii* convenietur, et, si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus per com-

Por el contrario, el arrogador no está obligado en riguroso derecho civil á las deudas del arrogado; sin embargo, puede establecerse contra él una accion en nombre de su hijo. Si rehusa defenderlo, los acreedo- 3

(1) Ley 6: y §. 1 de la ley 9, tit I, lib. XXXVIII del Dig.
(2) Leyes 6, 10 y 12 del mismo título y libro.
(3) En el § 30 tit. IV. y en el inicial, tit. V, lib, II de estas Inst.
(4) Ley 11, tit. LIX., lib. VI del Cód.

petentes nostros magistratus, bona, quæ eorum cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecissent, possidere et legitimô modô ea disponere.

res obtendrán autorizacion de los magistrados competentes para poseer los bienes que sin la arrogacion hubieran pertenecido en propiedad y usufructo al arrogado y proceder despues á la ejecucion por las vias legítimas.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 84, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Arrogator non tenetur.—¿En qué consiste la diferencia que aquí se hace entre los créditos y las deudas del arrogado, de modo que al paso que de pleno derecho y directamente el arrogador adquiere los primeros no está obligado á la satisfaccion de las segundas? La diferencia consiste en que el arrogador adquiere los bienes del arrogado por consecuencia del poder paterno, que no permite que un hijo de familia tenga patrimonio ó créditos en su propio nombre: no es por lo tanto su adquisicion como la del heredero, porque este continúa representando la persona jurídica del difunto, al paso que el arrogador no representa la del arrogado, y así no le sustituye en las obligaciones.

Sed nomine filii.—El hijo de familia no podia por sus actos obligar nunca á su padre, consideracion que era extensiva á las obligaciones contraidas por el arrogado antes de la arrogacion. Por otra parte los acreedores del arrogado no tenian accion contra él, porque por la capitis-diminucion que habia sufrido, se hallaba refundida su personalidad en el gefe de la familia en que habia entrado. En esto el derecho venia á igualar á los hijos arrogados con los naturales, los cuales adquirian para sus padres, pero no obligaban á sus padres, á lo menos con arreglo á los principios estrictos del derecho civil. Mas como seria injusto que la arrogacion privara á los acreedores de un derecho legítimo, mucho más cuando tácitamente les estaban obligados los bienes que pasaban á poder del arrogador, con el objeto de que pudiera recuperar lo que justamente les era debido, se estableció que por un medio indirecto pudiera reconvenirse al arrogador, y que si de este no se conseguia la satisfaccion de las deudas, los bienes que tenia antes el arrogado respondieran, hasta donde alcanzaran, de las obligaciones antiguas. De esta manera el derecho pretorio venia en auxilio de los acreedores, rescindiendo de hecho la capitis-diminucion mínima que habian sufrido los arrogados, por lo que tocaba á sus deudas. En esto seguia el pretor la conducta que habia adoptado respecto á los padres

naturales, contra quienes podian entablarse acciones por las deudas de sus hijos en la parte que se hubiera convertido en su utilidad, como expondré en el lugar oportuno.

TITULUS XI.

De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

TITULO XI.

De aquel á quien se adjudican los bienes en favor de la libertad.

El Emperador Justiniano, que dejó pendiente lo relativo á la sucesion de los finados para exponer los efectos de la arrogacion, vuelve ahora á anudar la interrumpida tarea. Se ha visto que la herencia correspondia primero á los herederos testamentarios, despues de estos á los legítimos, y que el fisco era llamado para suceder á falta de unos y de otros. Tambien se ha indicado ya, y se explicará en el título siguiente, que en defecto de sucesor los acreedores vendian los bienes del difunto; pero antes de llegar á este último extremo, una constitucion imperial adjudicaba sus bienes á aquellos que los pedian con objeto de que no quedasen sin efecto las libertades dejadas en el testamento.

Accessit *novus casus successionis* ex constitutione divi Marci. Nam si hi, *qui libertatem acceperunt* à dominô in testamentô, ex quô non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causâ, audiuntur. Et ità rescriptô divi Marci ad Popilium Rufum continetur.

Una constitucion del Emperador Marco Aurelio introdujo una nueva clase de sucesion. Si aquellos á quienes el dueño dejaba la libertad en un testamento de que no resultaba adicion de la herencia, pedian que se les adjudicasen los bienes para que se conservasen las libertades, debia ser atendida su súplica. Asi lo prevenia un rescripto del emperador Marco Aurelio dirigido á Popilio Rufo.

ORÍGENES.

Conforme con Papiniano. (Ley 50, tít. IV, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Novus casus successionis.—Aquellos á quienes se dan los bienes del difunto para conservar las libertades no suceden en virtud de derecho hereditario, sino por una adjudicacion que es útil á los acreedores, á los esclavos manumitidos en testamento y á la memoria del difunto.

Qui libertatem acceperunt.—La constitucion del Emperador Marco Aurelio, cuyas palabras trascribe Justiniano en el texto inmediato, se

limitaba á conceder la adjudicacion de bienes á los esclavos á quienes el testador daba libertad en el testamento. El Emperador Gordiano hizo extensivo á todos este derecho (1)

1 Verba rescripti ità se habent: «Si Virginio Valenti, qui testamentô suô libertatem quibusdam adscripsit, *nemine successore ab intestatô existente*, in eâ causâ bona esse cœperunt, ut venire debeant: is, cujus de eâ re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum, tàm earum, quæ directò, quàm earum, quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratià, *addicantur* tibi, *si idoneè* creditoribus *caveris* de solidô, quod cuique debetur, solvendô. Et hi quidèm, quibus *directa libertas* data est, perindè liberi erunt, ac si hæreditas adita esset; hi autem, quos hæres rogatus est manumittere, à te libertatem consequentur, ità ut, si non aliâ conditione velis bona tibi addici, quam ut etiam, qui directò libertatem acceperunt, tui liberti fiant: nam huic etiam voluntati tuæ, si hi, de quorum statu agitur, *consentiant*, auctorítatem nostram accommodavimus. Et, ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum aliâ ratione irritum fiat, *si fiscus bona agnoscere voluerit*, et hi, qui rebus nostris attendunt, scient, commodo pecuniario præferendam libertatis causam, et ità bona cogenda, ut libertas his salva sit, qui eam adipisci potuerunt, si hæreditas ex testamentô adita esset»

Estas son las palabras del rescripto del Emperador Marco Aurelio; «Si los bienes de Virginio Valente que ha dado en su testamento libertad á ciertos esclavos estan en el caso de ser vendidos, no habiendo sucesor alguno *ab intestatô*, manifestad al magistrado competente vuestro deseo de que os sean adjudicados los bienes para conservar las libertades, bien sean directas ó bien fideicomisarias, bajo la condicion de que garantizareis á los acreedores el pago íntegro de lo que se les debe. En tal caso aquellos á quienes el testador ha dejado directamente la libertad, la obtendrán como si hubiera habido adicion de la herencia: mas aquellos á quienes se dejó la libertad fideicomisaria, la recibirán de vosotros á no ser que querais poner á la adjudicacion la condicion de que tendreis tambien por libertos á aquellos á quienes el testador dejó la libertad directamente; porque si los esclavos de cuyo estado se trata consienten con vuestro deseo nosotros interponemos nuestra autorizacion. Y para evitar que el beneficio que por este rescripto concedemos sea ineficaz, sepan los agentes del fisco, en caso de que quieran apoderarse de la sucesion, que la causa de la libertad es preferible á todas las ventajas pecuniarias, y que no han de percibir los bienes mas que conservando la libertad á aquellos que pudieran recibirla, si en virtud del testamento hubiese adicion de la herencia.» 1

(1) Ley 6, tit. 11, lib. VII del Cód.

Conforme con Ulpiano. (Ley 2; y §§. 8 y 12 de la ley 4, tít. V, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Nemine successore ab intestatô existente.—La adjudicacion de los bienes para conservar las libertades solamente tiene lugar cuando no hay sucesor testamentario ó legítimo; por grande que fuera el favor que á la libertad otorgaban los Emperadores, nunca llegaron á despojar á los herederos legítimos del derecho que en estos habia ya radicado.

Addicantur.—La adjudicacion se hacia concediendo el magistrado los bienes con conocimiento de causa á los que la pedian.

Si idoneè caveris.—Es decir, dando fiadores ó prendas; mas si la persona que solicita la adjudicacion ofrece bastante garantía por sí misma é inspira una confianza general, esto se considera como bastante (1).

Directa libertas.—En otras ocasiones se ha expuesto ya la diferencia que hay entre la libertad directa y la fideicomisaria dejadas en testamento, y la mejor condicion de los libertos orcinos.

Consentiant.—Si solo algunos, y no todos aquellos á quienes se concedió la libertad directa, rehusaran recibir la fideicomisaria, no por eso dejaria de hacerse la adjudicacion, sino que entonces los que no quisieron tener á uno como patrono, lo tendrian como dueño, pues que prefirieron espontáneamente la esclavitud á la libertad (2).

Si fiscus bona agnoscere voluerit.—Cuando á falta de todo otro sucesor y adjudicatario, el fisco, como último llamado á la sucesion, quiere que se le adjudiquen los bienes, la adjudicacion tiene lugar, pero con la carga de dar las libertades.

2 Hôc rescriptô subventum est *et libertatibus*, *et defunctis*, ne bona eorum à creditoribus possideantur et veneant. Certè, si fuerint ex hâc causâ bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, et quidèm idoneus, qui de solidô creditoribus cavet.

Este rescripto ha consultado á las libertades y á los intereses del difunto, impidiendo que sus bienes sean poseidos y vendidos por los acreedores. Y en verdad que si se hace esta especie de adjudicacion, no tiene lugar la venta de los bienes, porque existe un defensor abonado del difunto para garantir el pago íntegro de sus deudas. 2

(1) §. 8, ley 4, tít. V, lib. XL del Dig.
(2) §. 2, ley 15, tít. II, lib. VII del Cód.

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 8, ley 4, tít. V, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Et libertatibus.—La causa principal que hubo para introducir esta adjudicacion fué sin duda la conservacion de las libertades, puesto que estas quedaban sin efecto cuando la herencia del que manumitia en testamento no habia sido adida.

Et defunctis.—En caso de que muriera alguno dejando mas deudas que bienes para satisfacerlas y sin heredero testamentario ni *ab intestatô*, los acredores eran puestos por el pretor en posesion de todos los bienes del finado para ser estos vendidos despues y distribuido su precio entre todos aquellos. Esta venta como antes de ahora se ha indicado, afectaba con una especie de nota de infamia á la memoria del finado; y como la venta se evitaba en el caso de la adjudicacion de que habla el presente título, y por consiguiente la opinion del difunto quedaba sin mancha alguna, con razon dice Justiniano en el texto que el edicto del Emperador Marco consultaba á la fama del testador. A su vez ganaban tambien los acreedores, porque de este modo aseguraban la totalidad de sus créditos, lo que no sucedia siempre cuando era adjudicatario el comprador de los bienes, el cual cumplia pagando el precio de la compra.

3 Imprimìs hoc scriptum totièns locum habet, quotièns *testamentô libertates datæ* sunt. Quid ergo, si quis intestatus decedens, codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestatô hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certè, si testatus decedat, et codicillis dederit libertatem, competere eam nemini dubium est.

Este rescripto es principalmente aplicable en el caso de que las libertades se hayan dado por testamento? Qué deberá decirse si muriendo alguno intestado, hubiere dado libertades en codicilos y no fuere adida la herencia *ab intestatô*? En este caso tendrá tambien aplicacion el rescripto. Si muriere con testamento y dejare la libertad en codicilos, no hay duda en que es aplicable la misma constitucion. 3

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 2, *tít.* V, lib. XL del Dig.)

Comentario.

Testamentô libertates datæ.—Limitada la constitucion del Emperador Marco Aurelio á las libertades dadas en testamento, por interpretacion se hizo extensiva tambien á las dadas en codicilo.

4 Tunc constitutioni locum esse verba ostendunt, cum nemo sucessor ab intestatô existat: ergo, quamdiù incertum sit, utrùm existat, an non, cessabit constitutio; si certum esse cœperit neminem extare, tunc erit constitutioni locus. Si is, qui *in integrum restitui potest*, abstinuit se ab hæreditate, an, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, et addictio bonorum fieri?
5 Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causâ factam in integrum sit restitutus? utiquè *non erit dicendum revocari libertates*, quæ semèl competierunt.

Los términos en que está escrita 4
la expresada constitucion manifiestan que solamente es aplicable en caso de que no haya ningun heredero *ab intestatô*: cesará por lo tanto cuando es incierto si hay ó no heredero; mas en el momento en que conste ya que no hay heredero, tendrá lugar la constitucion. Si el heredero que goza del beneficio de la restitucion *in integrum* se ha abstenido de la herencia, ¿tendrán lugar la constitucion y la adjudicacion de bienes, además del beneficio de la restitucion? ¿Y qué sucederá si despues de 5
la adjudicacion hecha para conservar las libertades, consiguiere la restitucion *in integrum*? Nunca se dirá que las libertades que una vez fueron válidas pueden revocarse.

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Ulpiano. (§§. inicial, 1 y 2, ley 4, tít. V, lib. XL del Digesto).

Comentario.

In integrum restitui potest.—Esto sucedia si el heredero que se habia abstenido, ó habia repudiado la herencia era menor de veinte y cinco años.

Non erit dicendum revocari libertates.—Como he expuesto en otra ocasion (1), la libertad, una vez dada válidamente, no podia revocarse. A esto era consiguiente que quedasen libres aquellos que lo habian sido en virtud de haberse adjudicado los bienes para conservar las libertades, por negarse el heredero instituido á recibir la herencia. Procede el texto bajo el supuesto de que el que obtiene la restitucion sea heredero *ab intestatô*: si fuere heredero testamentario, aún cabria menos duda, porque en el hecho de recibir la herencia, se sujetaba á todas las condiciones que le habia impuesto el testador.

6 Hæc constitutio libertatum tuendarum causâ introducta est: ergo, si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo *si vivus dedit libertates*, vel mortis causâ, et

Esta constitucion fué introducida 6
para mantener las manumisiones: no puede por lo tanto tener lugar cuando el difunto no ha dejado á algun esclavo la libertad? Qué de-

(1) Al comentar el §. inicial, tít. VI, lib. I de estas Inst.

ne de hoc quæratur, utrùm in fraudem creditorum, an non factum sit, idcircò velint addici sibi bona, an audienti sunt? et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

berá suceder si alguno diere la libertad entre vivos ó por causa de muerte, y los manumitidos, para evitar que los acreedores ataquen las libertades como hechas en su fraude, piden que se les adjudiquen los bienes? Su demanda debe ser acogida, aunque este caso no se halle comprehendido en el tenor literal de la constitucion.

Comentario.

Si vivus dedit libertates.—La constitucion del Emperador Marco Aurelio solo se referia á las libertades que dependian de la adicion de la herencia: Justiniano la estendió á todas las que se hubieran verificado en vida del testador. En su virtud si los acreedores solicitaban que se declarasen nulas las libertades como dadas en su fraude, podia cualquiera de los que habian sido manumitidos ó un tercero obtener la adjudicacion de los bienes con la obligacion de satisfacer á los acreedores y de conservar las libertades dadas. De este modo las manumisiones que por sí mismas no hubieran tenido fuerza, eran sostenidas por la adjudicacion.

7 Sed cum multas divisiones hujusmodi constitutioni deese perspeximus, lata est à nobis *plenissima constitutio*, in quam multæ species collatæ sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsâ lectione constitutionis potest quis cognoscere.

Pero habiendo nosotros observado que faltaban muchas divisiones en la constitucion citada, publicamos otra mas lata en que hicimos entrar muchas especies que completan esta parte de la legislacion; todos podrán conocerlas por su lectura. 7

ORÍGENES.

Alude el Emperador á una constitucion suya, que es la ley 15, tít. II, lib. VII del Código.

Comentario.

Plenissima constitutio.—La constitucion á que aqui alude el Emperador está reducida por Hotman á estas cuatro reglas: 1.ª el derecho de pedir la adjudicacion es anual: 2.ª en el caso de que muchos simultáneamente la pidieren dando fianzas, debe adjudicarse á todos ellos: 3.ª tiene preferencia aquel que afianzare dar mas: 4.ª el que ofrezca dar mas, dentro de un año, que otro á quien se hubiere hecho la adjudicacion, obtendrá los bienes, pero quedando el primer adjudicatario absolutamente libre.

TITULUS XII.

De successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditionem et ex senatus-consulto Claudiano.

TÍTULO XII.

De las sucesiones suprimidas que tenian lugar por la venta de bienes y en virtud del senado-consulto Claudiano.

Despues de haber hablado Justiniano de los cuatro modos universales de adquirir que se han expuesto, quiso hacer una escursion en el terreno histórico, comprendiendo otros dos que ya estaban derogados.

Erant ante prædictam succesionem *olim* et aliæ per universitatem succesiones.

Qualis fuerat *bonorum emptio*, quæ de bonis debitoris vendendis *per multas ambages* fuerat introducta, et tunc locum habebat, quandò *judicia ordinaria* in usu fuerunt (*a*): sed cum *extraordinariis judiciis* posteritas usa est, ideò cum ipsis ordinariis judiciis etiàm bonorum venditiones expiraverunt, et tantummodò creditoribus datur officiò judicis bona posidere, et proùt eis utile visum fuerit, ea disponere, quod ex latioribus Digestorum libris perfectiùs apparebit.

Antes de la sucesion de que acabamos de hablar, habia antiguamente otras que eran títulos universales de adquirir.

A esta clase pertenecia la compra de bienes, que fué introducida para vender los del deudor despues de observar ciertas formalidades, y que tenia lugar cuando estaban en uso los juicios ordinarios (*a*). Pero habiendo sido estos reemplazados despues por los extraordinarios, cesaron las ventas de los bienes, y los acreedores pueden solamente obtener del juez la posesion de los bienes de su deudor para disponer de ellos á su arbitrio, como mas clara y extensamente puede verse en los libros del Digesto.

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 77 y siguientes, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Olim.—Una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano (1), al establecer que los acreedores pudieran obtener que se les pusiera en posesion de los bienes, y pasado cierto tiempo fueran autorizados por el juez competente para su venta, no dió á esta la consideracion de título universal de adquirir, sino solamente de título singular, porque los compradores no representaban ya en sus dere-

(1) Ley 9, tit. LXXII, lib. VII del Cód.

ditos y obligaciones al deudor, sino que se limitaban á la adquisicion particular de lo que compraban.

Bonorum emptio.—En todos tiempos se han concedido medios á los acreedores para resarcirse en lo posible de los perjuicios que les originan los deudores insolventes ó que quieren escaparse de satisfacer sus deudas. El modo de hacer esto varió mucho en Roma con arreglo á los sistemas de enjuiciamiento que dominaron en las diferentes épocas. No es de este lugar desenvolverlos: me limitaré por lo tanto á lo que es absolutamente indispensable para conocimiento del texto. Cayo manifiesta en sus Instituciones (1) que la venta de los bienes era aplicable tanto á los de los vivos como á los de los muertos: descendiendo despues á poner ejemplos de uno y otro caso, dice que procedia contra los de los vivos, cuando los deudores se ocultaban para defraudar á sus acreedores, ó se ausentaban no dejando ningun defensor, ó hacian cesion de bienes con arreglo á la ley Julia, ó, condenados en juicio, no habia tenido todavia efecto la sentencia despues de pasado el tiempo prescrito en parte por la ley de las Doce Tablas y en parte por el edicto del pretor; y contra los bienes de los muertos cuando se sabia que el difunto no tenia herederos ni *bonorum poseedores* ni ningun otro sucesor con arreglo á las leyes. El mismo Cayo (2) describe el modo de proceder á la venta de los bienes de los deudores; síguele Teófilo en su *Paráfrasis*: de suerte que reuniendo lo que ambos dicen, se puede formar una idea bastante exacta respecto á este punto. Los deudores puestos de acuerdo acudian al pretor, manifestándole su pretension: el magistrado los ponia en la posesion de los bienes por espacio de treinta dias contínuos cuando los procedimientos se entablaban contra los bienes de los vivos, y de quince cuando lo eran contra los de los muertos. Concluido este término, se dirigian de nuevo los acreedores al magistrado pidiéndole que les autorizase para nombrar una persona que continuara las diligencias: esto se introdujo por la dificultad de que pudieran todos reunirse en dias determinados; el magistrado accedia á este nombramiento, y el delegado que nombraban los acreedores, y se llamaba *magister*, tenia á su cargo recibir las ofertas de los compradores mas beneficiosas á sus representados. Poníanse anuncios de la venta en los principales puntos de la ciudad, y pocos dias despues los interesados acudian de nuevo al pretor, el cual les permitia fijar la ley de la venta, *legem bonorum venumdorum facere*: anunciábase esta otra vez, pero manifestándose la parte proporcional de la deuda que habia de dar el

---

(1) §. 78 del Com. III.
(2) §. 79.

comprador á los acreedores, atendida la cantidad á que ascendian todos los débitos y el valor que tenian los bienes puestos en venta. Trascurrido cierto término despues de estos segundos anuncios, se adjudicaban los bienes del deudor al comprador, que se llamaba *bonorum emptor*. Hecha la adjudicacion, las acciones que el deudor antiguo tenia á su favor ó contra si pasaban al comprador, el cual por lo tanto entablaba y contestaba las demandas como el *bonorum poseedor*, porque, del mismo modo que él, era sucesor pretorio.

Per multas ambages.—Alude aquí Justiniano, principalmente á las tres veces que los acreedores tenian que acudir al pretor: la primera para poseer los bienes del deudor, la segunda para nombrar un delegado por quien fueran representados en la venta, y la tercera para fijar la ley de esta en los términos que antes quedan expuestos.

Judicia ordinaria, extraordinariis judiciis.—No considero propio de este lugar describir el sistema de procedimientos que en las diferentes epocas adoptaron los romanos, porque en el Libro cuarto de esta misma obra se presentará ocasion mucho mas oportuna de hacerlo; baste aquí dejar expuesto, como lo he hecho al principio de este comentario, que los compradores de los bienes, despues de la constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano, no eran ya sucesores universales del deudor; á lo que se agrega que habiendo sustituido á la antigua *bonorum emptio* la *bonorum distractio*, ó lo que es lo mismo, la venta individual de los efectos del deudor, la primera cayó en desuso y los acreedores pudieron no solo proceder parcialmente á la venta de los bienes del que no les pagaba, sino tambien dividirlos entre sí.

1 Erat et *ex senatus-consultô Claudianô* miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per senatus-consultum amittebat, et cum libertate substantiam (*a*): quod indignum nostris temporibus esse existimantes, et à nostrâ civitate deleri, et non inseri nostris Digestis concessimus (*b*).

En virtud del senado-consulto Claudiano, habia otro modo universal y deplorable de adquirir, cuando una mujer libre, entregada ciegamente á sus amores con un esclavo de otro, perdia en virtud de dicho senado-consulto la libertad y con ella sus bienes (*a*). Considerando que esto es indigno de nuestro siglo, prevenimos que quede abolido en nuestros Estados y que no se inserte en nuestro Digesto (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 11, tit. XI de sus Reglas.)

(*b*) Esta abolicion se verificó por Justiniano en una constitucion, que es la ley única, tit. XXIV, lib. VII del Cód.

Comentario.

Ex senatus-consultô Claudianô.—El senado-consulto Claudiano, dado en el año 806 de la fundacion de Roma, prevenia que la mujer libre que viviera en contubernio con un esclavo, y no se hubiese separado de esta union á pesar de ser amonestada tres veces por el señor del esclavo, cayera en esclavitud de este dueño, pasando al mismo todo su patrimonio. Habia aqui, pues, un modo universal de adquirir.

TITULUS XIII.	TITULO XIII.
De obligationibus.	De las obligaciones.

Hasta este título han tratado las Instituciones del derecho *en* la cosa: pasan ahora á tratar del derecho *á* la cosa. En otro lugar (1) queda manifestado que el derecho *en* la cosa es absoluto bajo el aspecto de que puede hacerse efectivo contra cualquiera que perturbe su ejercicio, y por el contrario que el derecho *á* la cosa es relativo ó personal, porque solo constituye un vínculo con persona ó personas determinadas. De aquí proviene que al derecho *á* la cosa se dé el nombre de *obligacion.*

Nunc transeamus ad obligationes.	Pasemos ahora á las obligaciones.
Obligatio est *juris vinculum*, quô *necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundùm nostræ civitatis jura.*	Obligacion es un vínculo del derecho, en virtud del cual somos compelidos á pagar alguna cosa segun nuestro derecho civil.

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (Ley 3, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

Comentario.

Obligatio.—Esta palabra no es la primitiva con que los romanos designaron la obligacion. Las Doce Tablas usan en su lugar la de *nexus*, voz tomada *à nectendô*, si bien no puede desconocerse que esta no tenia una significacion tan lata como aquella, porque estaba limitada por el esclusivismo del antiguo derecho. El vocablo *obligatio* trae su orígen *à ligandô*, aludiendo al vínculo que se establecia entre el obligante y el obligado.

---

(1) Al comentar el §. 11 del tít. I, lib. II.

Juris vinculum.—Expresion metafórica, tachada sin bastante fundamento por algunos que pretenden sustituir otra definicion mas confusa sin duda que la que rechazan.

Necessitate.—El derecho civil no considera como obligaciones mas que los deberes á que podemos ser compelidos eficazmente: los demás deberes no son obligaciones en el sentido legal de la palabra. Muchas cosas hay que debe hacer el hombre en el órden moral y que no son exigibles segun el derecho civil: el poderoso que ve perecer en la miseria al infeliz sin tenderle una mano bienhechora, falta á deberes que la conciencia y la religion le imponen; pero como no puede ser compelido por la autoridad pública á ser benéfico, su deber no entra en la esfera de obligacion: el vínculo moral existe, pero no el jurídico.

La ley civil, sin embargo, no dá igual fuerza á todas las obligaciones, porque establece expresa y directamente las unas, al paso que á otras solo concede una sancion indirecta. De aquí proviene la division de las obligaciones en *civiles* y *naturales* (1). Llámanse *civiles aquellas que están garantidas por una accion otorgada al que pide su cumplimiento contra el que lo rehusa*: en ellas hay una sancion legal directa. Por el contrario las *naturales*, esto es, *las que, no habiendo sido creadas por la ley, se fundan en la equidad*, carecen de la fuerza coativa que dá la accion: no por esto seria exacto decir que se hallan destituidas de todo efecto civil, porque producen una excepcion en virtud de la cual el que ha pagado lo que debia naturalmente, no puede reclamarlo como indebido (2), y por otra parte las deudas naturales entran en compensacion con las civiles (3), pueden ser objeto de novacion (4) y servir de base á contratos accesorios (5). De aquí se infiere que las obligaciones civiles nos dan derecho para atacar al contrario, al mismo tiempo que las naturales solo nos permiten defendernos. En este texto el Emperador habla únicamente de las obligaciones civiles.

Adstringimur.—Dos personas son necesarias para la existencia de una obligacion: aquella á cuyo favor se constituye, y aquella contra quien se constituye. La primera se llama *acreedor*, *creditor*, y la segunda *deudor*, *debitor*. Ni una ni otra palabra son del derecho

---

(1) La division de obligaciones en «naturales, civiles y mixtas» que hacen muchos jurisconsultos, no es ni clásica ni romana, y por lo tanto no me hago cargo de ella; además, sin su auxilio pueden comprenderse perfectamente todas las doctrinas relativas á obligaciones.

(2) Ley 34, tit. VI, lib. XII del Dig.

(3) Ley 6, tit. II, lib. XVI del Dig.

(4) §. 1 de la ley 1, tit. II, lib. XLVI del Dig.

(5) §. Inicial de la ley 5: §. 1 de la ley 14, tit. I, lib. XX; y §. 3 de la ley 16, tit. II. lib. LXVI del Digesto.

antiguo, que á ambos denominaba *reos, rei*, si bien más especialmente esta voz se aplicaba al deudor, *reus*. La palabra *adstringimur* solo puede entenderse del deudor que es el obligado al cumplimiento.

Alicujus rei.—Usasé aquí de la palabra *res*, que como queda dicho en otro lugar, tiene tanta latitud que comprende todo cuanto es capaz de prestar utilidad al hombre. En este sentido no todas las cosas pueden ser objeto de las obligaciones, sino solamente las susceptibles de propiedad ó de aprovechamiento particular. Bajo la palabra *cosa* se comprenden aquí tambien los hechos que pueden ser objeto de las obligaciones.

Solvendæ.—No menos general es la palabra *solvendæ* que se lee en el texto, y que significa la necesidad legal de hacer alguna cosa y de desatar el nudo que existe entre el deudor y el acreedor. La palabra *solvere* se halla otras veces reemplazada por las de *dare*, *facere*, *præstare* (1), voces que se unen generalmente en el derecho romano para comprender mas individualmente los diferentes objetos que pueden tener las obligaciones. Verdad es que á veces se usan indistintamente; pero tomadas en su sentido estricto y riguroso, la palabra *dare* se refiere á la traslacion del dominio, la palabra *facere* á la ejecucion de un hecho, y la palabra *præstare* á la cesion de un aprovechamiento. Así puede decirse que el que entrega á otro una cantidad que le ofreció dar, da, *dat*; que el que hace en casa agena las obras en que convino con su dueño, ejecuta, *facit*; y por último, que el que entrega á otro el caballo que le da en alquiler, suministra, *præstat*; pero de cualquiera de ellos puede decirse que cumple con la obligacion que contrajo y se liberta de ella, *solvit reus*, como dice el texto que comento.

Debo aquí advertir que si bien queda dicho que la cosa, de cuya solucion se trata, es el objeto de la obligacion, esto no excluye que haya otro objeto mas inmediato y directo, á saber, la accion que sirve para hacer eficaz el derecho que han establecido los contratantes, porque la obligacion no concede un derecho *en* la cosa, como en otra parte se ha expuesto, sino solo da lugar á que pueda el acreedor compeler al deudor al cumplimiento de lo que debe.

Secundùm nostræ civitatis jura.—Para que una persona pueda ser compelida al cumplimiento de la obligacion que contrajo, necesario es que el derecho civil dé fuerza coercitiva al vínculo de esta, ó bien estableciéndolo ó bien reconociéndolo, y en todo caso auxiliando con la fuerza pública al que reclama. De aquí se infiere que es general

(1) §. 2 del Com. IV de Cayo: ley 37, tit. I, lib. XXXVIII; y ley 75, tit. 1, lib. XLV del Digesto.

á todos los pueblos lo que se dice en el texto, porque solo las obligaciones creadas ó autorizadas por el derecho pueden ser eficazmente reclamadas.

Si desde este principio general pasamos al derecho romano en particular, se observará que en este punto, como en tantos otros, el rigor exclusivo del primitivo derecho, limitando mucho el círculo de las obligaciones y ligándolas á formas estrictas y precisas, se fué mitigando por la autoridad de los magistrados que establecieron remedios pretorios para ensanchar los límites y los efectos de las obligaciones.

1 Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur; namque *aut civiles* sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certè *jure civili comprobatæ* sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor *ex suâ jurisdictione* constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.

La division capital de todas las obligaciones las separa en dos clases; porque unas son civiles, y pretorias otras. Civiles son las que ó se hallan establecidas en las leyes ó reconocidas de un modo cierto por el derecho civil. Las pretorias, á que tambien se da el nombre de honorarias, son las que el pretor ha constituido en virtud de su jurisdiccion. 1

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 1, tít. II, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Aut civiles.—Queda dicho en el comentario anterior que de la ley es de donde reciben las obligaciones fuerza coactiva. En este sentido todas las obligaciones, tomada esta palabra en su sentido riguroso, son civiles. Así se entiende la frase *obligaciones civiles* siempre que se contrapone á la de *obligaciones naturales*. Pero como, segun he dicho en otro lugar (1), el *derecho civil* unas veces se considera como comprendiendo al pretorio, y otras como opuesto á él, con arreglo á la mayor ó menor latitud que se le dé, de aquí dimana que en su esfera hay la subdivision de que en este lugar habla el Emperador, subdivision que se verá reproducida al tratar de las acciones.

Jure civili comprobatæ.—Bajo la palabra *jus civile*, aquí como siempre que se opone al derecho honorario, se comprende no solamente lo prevenido en las leyes, sino tambien en los plebiscitos, senado-consultos, constituciones imperiales y respuestas de los jurisconsultos.

Ex suâ jurisdictione.—No debo aqui reproducir lo que tan fre-

(1) Al comentatar el §. 7 del tít. II del lib. I

cuentemente he dicho respecto á la jurisdiccion de los magistrados y del modo que tuvieron de mitigar el rigor del derecho primitivo, ya supliéndolo, ya enmendándolo. El punto de obligaciones fué sin duda uno de los que mas escitaron su autoridad: á esta se debió muy principalmente que tuvieran fuerza coactiva en Roma obligaciones que, reconocidas por el consentimiento general de los hombres, no habian obtenido sancion en el derecho llamado *civil* por excelencia.

2 Sequens divisio *in quatuor species* deducitur: aut enim *ex contractu* sunt, *aut quasi ex contractu, aut ex malefició, aut quasi ex malefició.*

Se dividen además las obligaciones en cuatro especies, porque ó dimanan de un contrato, ó casi de un contrato, ó de un delito, ó casi de un delito. 2

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 88, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

In quatuor species. — En dos especies solamente dividió el jurisconsulto Cayo las obligaciones bajo el punto de vista que las considera el texto: las que dimanaban del contrato y las que provenian del delito; mas bajo la primera de estas dos palabras comprendió las que dice el texto que nacen casi de un contrato, y bajo la segunda las que proceden casi de un delito. Cayo se arregló en su division al derecho primitivo; pero como habia otras obligaciones que ni provenian de contrato ni de delito, la jurisprudencia empezó á asimilarlas á las fuentes admitidas, diciendo que eran distinta representacion de las mismas causas legítimas de las obligaciones, *ex variis causarum figuris*, como expone el mismo Cayo (1), y que por lo tanto las obligaciones nacian tambien ó como de un contrato, ó como de un delito.

Ex contractu. — Cuando dos personas convienen acerca de una misma cosa que es posible y que no se opone á la moral y á las leyes, y tienen además capacidad y no proceden por error, por dolo ó por violencia, es conforme á los principios de la razon que cada una se ligue en los términos que promete, y que su hecho produzca una obligacion. Pero como para que esta obligacion sea coactiva necesita el auxilio de las leyes, y como por otra parte las leyes no dan fuerza á todas las convenciones, de aquí dimana que es indispensable, antes de pasar adelante, fijar bien la nomenclatura para evitar

(1) Princ. de la ley 1, tit, VII, lib. XLIV del Dig.

las impropiedades y aun los errores en que de otro modo pudiera incurrirse, y dar nociones generales respecto á los contratos. Advertiré, para no causar confusion, que en este lugar me limito al derecho romano, cuya nomenclatura y decisiones no son siempre conformes con el nuestro ni con los códigos modernos de Europa.

Cuando una persona manifiesta sencillamente su voluntad respecto á alguna cosa, constituye un acto que por sí no produce ningun efecto obligatorio: cuando su acto concurre con el de otra persona sobre la misma cosa, entonces ya hay una *convencion* ó *pacto* en el sentido mas lato de estas palabras (1); pero esta convencion puede ser sin intencion de establecer relaciones jurídicas entre las partes, por ejemplo, la asistencia á un convite, ó tener un carácter mas determinado y dirigirse á establecer un vínculo que las ligue y que produzca efectos legales. Este convenio es el que se denomina *convencion* ó *pacto*, en el sentido estricto y verdaderamente jurídico de la palabra. Savigny dice bajo este supuesto, que *convencion es el convenio de diferentes personas sobre la declaracion de la voluntad comun para arreglar relaciones jurídicas.* Mas no todas las convenciones de esta clase estan apoyadas por la sancion de la ley, porque algunas, aunque fundadas en la equidad y en el derecho natural, quedan abandonadas á la lealtad y á la buena fé de los que las contraen, es decir, quedan dentro de los límites de las obligaciones naturales, de que hablé al comentar el párrafo inicial del presente título. En este caso continúan teniendo el nombre genérico de *pactos* ó *convenciones*: considerándolas así Ulpiano las define: *consentimiento de dos ó mas personas en una misma cosa* (*duorum pluriumve in idem placitum consensus*) (2), definicion no tan precisa como la de Savigny que antes he referido. Mas cuando esta convencion está sancionada por el derecho civil, y de consiguiente hay medios coercitivos para compeler al que rehusa cumplirla, entonces recibe el nombre de *contrato*: de modo que puede decirse que *contrato* es *la convencion que está apoyada por la ley*. Cujas opina que la verdadera definicion del contrato con arreglo al derecho romano, está implícitamente comprendida en un fragmento de Ulpiano inserto en el Digesto (3); segun él debe definirse el contrato: *conventio quæ habet vel nomen vel causam*. Esta definicion es seguida por muchos jurisconsultos; mas para comprenderla, necesario es fijar bien qué se entiende por nombre, *nomen*, y qué por causa, *causam*. *Nomen* significa aquí que la accion producida por el

(1) §§. 2 y 3, tit. XIV, lib. II del Dig.
(2) §. 2, ley 1, tit. XIV, lib. II del Dig.
(3) §§. 1 y 2, ley 7, tit. XIV, lib. II. del Dig.

contrato tenga la denominacion que el contrato mismo; así la compra-venta es contrato, porque produce las acciones de compra y de venta, *empti et venditi*; lo es tambien la estipulacion, porque produce la accion *ex stipulatu*. *Causa* significa un hecho del cual nazca obligacion con arreglo á las leyes; así valiéndome del mismo ejemplo de la estipulacion, la solemnidad de palabras que con arreglo á las leyes producen fuerza obligatoria, es la causa del contrato. No es menester que concurran el nombre y la causa; cualquiera de estas dos cosas basta para que la convencion pase á ser un contrato.

Aunque la naturaleza general de los pactos es producir obligaciones naturales, y por lo tanto excepciones en cuya virtud el demandado puede defenderse contra el demandante, y no acciones para pedir el cumplimiento de lo convenido; sin embargo, sucesivamente se fué dando á algunos pactos accion, y por lo tanto fuerza coercitiva. De aquí dimanó la diferencia entre los pactos llamados *nudos* y *no nudos*, á los que con una expresion poco feliz llamaron *vestidos* los glosadores. Dáse el nombre de *pactos nudos* á los que han conservado su carácter antiguo, no produciendo ni obligacion civil ni accion, y el de *no nudos* á aquellos que producen una accion eficaz en virtud de la cual puede el que pactó ser compelido á su cumplimiento. Estos últimos son de tres clases: ó *legítimos*, ó *pretorios*, ó *agregados* (*adjecta*). Dáse el nombre de *pactos legítimos* á los que una ley moderna, una constitucion imperial, por ejemplo, habia dado accion: así sucede con la promesa de dote en que no media estipulacion (1); así tambien con la donacion, que queda perfecta por el consentimiento de las partes con arreglo al derecho de Justiniano (2), segun en otro lugar se ha dicho (3). *Pactos pretorios* son aquellos que careciendo de fuerza civil, se sostienen por la autoridad del pretor que da una accion para que sean efectivos; á esta clase pertenecen, por ejemplo, el de hipoteca y el de *constituta pecunia*: sucedia en este punto lo que en otros en que, segun queda advertido, el pretor modificaba el rigor primitivo del derecho, otorgando indirectamente lo que la ley no concedia por medios directos. Por último, dáse el nombre de *pactos agregados* (*adjecta*) á aquellos que por unirse á un contrato de buena fé en el acto mismo de su otorgamiento, participan de los efectos civiles del contrato, y producen por la tanto una accion civil que por sí solos no tendrian; más si se agregan con posterioridad, ó si los contratos á que se adhieren no son de buena fé, sino de derecho

(1) Ley 6, tit. XI, lib. V del Cód.
(2) §. 5, ley 35, tít. LIV, lib. VIII del Cód.
(3) En el principio del título VII.

estricto, *stricti juris*, quedan reducidos, como los pactos *nudos*, á no producir más que una escepcion (1).

Debo observar aquí, por ser el lugar más oportuno, que los contratos tienen cosas que les son *esenciales*, otras que son *naturales*, y otras *accidentales*. Llámanse *esenciales* aquellas sin las cuales no puede existir un contrato; tal es, por ejemplo, el consentimiento de los contrayentes acerca de un mismo objeto y con la intencion de obligarse. *Naturales* son aquellas que sin necesidad de que sean expresadas por las partes en el contrato, se sobreentienden, pero que si los contrayentes quieren, pueden suprimir; tal es, por ejemplo, la eviccion en los contratos onerosos. Son *accidentales* las cosas que ni son de esencia del contrato ni se suponen tampoco en el caso de que no se hayan mencionado, y que dependen exclusivamente de la voluntad expresa de los contrayentes; tal es, por ejemplo, el pacto de retroventa y cualquiera condicion lícita que se ponga en el contrato.

Aut quasi ex contractu, aut ex maleficiô, aut quasi ex maleficiô.— Con objeto de evitar confusion omitiré hablar aquí de estas diferentes clases de obligaciones, para hacerlo en lugar más oportuno.

2 Prius est, ut de his, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æquè quatuor species sunt, aut enim *re* contrahuntur, aut *verbis*, aut *literis*, aut *consensu*. De quibus singulis dispiciamus.

Ante todas cosas debemos hablar de las obligaciones que nacen de contrato, las cuales ó se contraen por la tradicion de la cosa ó por la solemnidad de las palabras, ó por la escritura, ó solo por el consentimiento. De cada una de ellas trataremos con separacion. 2

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 89, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Re, verbis, literis, consensu.—Esta division de contratos es muy usual y de la mayor utilidad en el derecho romano. Segun ella se distinguen los contratos en *reales*, *verbales*, *literales* y *consensuales*. Queda dicho antes que todo contrato supone indispensablemente una convencion acerca de la misma cosa y con el fin de obligar á otro. Cuando el derecho romano, contentándose con estas condiciones esenciales, concede accion civil, el contrato para su perfeccion solo necesita el consentimiento, y por lo tanto se dice que es consensual; pero otras veces se exige, además del consentimiento, un hecho

(1) §§. 5 y 6, ley 7, tit. XIV lib. II del Dig.

material, una solemnidad exterior que hiera los sentidos: esta formalidad consiste ya en la tradicion de la cosa, ya en la solemnidad y congruencia de las palabras, ya en la escritura.

Además de esta division de contratos hay otras muy interesantes, de que conviene aqui hacer una ligera indicacion para que sirva como de punto de partida á las ideas que mas adelante se desenvuelven. Estas divisiones de contratos son: en *unilaterales* y *bilaterales*, en *de buena fé* y *de derecho estricto*, en *nominados* é *innominados*.

Llámanse contratos *unilaterales* aquellos que solo producen obligacion por una parte; *bilaterales* los que la producen por ambas, á los que se da tambien el nombre de *sinalagmáticos*, voz derivada de una palabra griega que quiere decir *cambiar*, porque una parte recibe en cambio de su obligacion la que al mismo tiempo contrae la otra parte. Estos contratos bilaterales unas veces lo son desde el principio, y otras lo son por un hecho posterior á su celebracion: á la primera clase pertenecen aquellos contratos que desde luego producen dos acciones, en virtud de las cuales cada uno de los contrayentes puede obtener por su parte el cumplimiento del contrato; así sucede, por ejemplo, con el de compra-venta, en que el comprador, tan luego como el contrato está perfeccionado, puede pedir la cosa que compra pagando el precio, y á su vez el vendedor puede pedir el precio, cumpliendo tambien por su parte el contrato. Puede ponerse como ejemplo de los contratos en que solo uno al principio se obliga y por un hecho posterior el otro, el de depósito, en el cual solo contrae desde luego una obligacion el depositario; pero el deponente puede quedar obligado despues, si el depositario hubiera tenido que hacer algunos gastos para la conservacion del depósito. Algunos llaman contratos *bilaterales perfectos* á los primeros, é *imperfectos* á los segundos: otros dejando para aquellos el nombre de *bilaterales*, dan el de *intermedios* á estos.

La division de contratos de *buena fé* y de *derecho estricto* viene á ser la misma que la anterior. Todos los contratos bilaterales pertenecen á los *de buena fé;* á los *de derecho estricto* los unilaterales. La buena fé es el alma de unos y otros contratos, pero en los bilaterales se interpreta mas latamente el principio de equidad que en aquellos que solo producen obligacion para uno de los otorgantes.

La division de contratos *nominados* é *innominados* es tambien de mucho interés en el derecho. Dáse el nombre de *nominados* á aquellos que producen accion del mismo nombre, é *innominados* por el contrario á aquellos que no produciendo accion del mismo nombre, solo tienen una causa civil de obligar. Mas adelante se presentará ocasion de ampliar estas indicaciones.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del Derecho español.

El Ordenamiento de Alcalá (1), estableciendo el principio de que de cualquier modo que apareciera que uno se quiso obligar quedara obligado, introdujo una notable diferencia entre nuestro derecho y el romano respecto á las materias que he expuesto en el presente título. Con arreglo á esta innovacion no hay ninguna diferencia entre los pactos y contratos; todos son igualmente obligatorios, todos producen accion eficaz para compeler á su cumplimiento al que lo rehusa; basta que se hagan sériamente, basta que conste de un modo positivo en qué y hasta qué punto quisieron obligarse los otorgantes, para que surta la obligacion los mismos efectos que producia entre los romanos el contrato.

Ocioso creo manifestar que la division de obligaciones en *civiles* y *pretorias* no tiene tampoco lugar entre nosotros. En todas las demás doctrinas que comprende este título, nuestras leyes son conformes á las romanas.

TITULUS XIV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

TITULO XIV.

De qué manera se contrae la obligacion real.

Todo *contrato real* es necesariamente consecuencia de un hecho material que ya se ha realizado. Esto aparece masde lleno en los contratos reales nominados, porque en ellos la obligacion es siempre de restituir, y no puede haber restitucion sin que antes preceda la entrega de la cosa que ha de ser restituida. Si de los contratos nominados se pasa á considerar los innominades, desde luego aparece que la obligacion de dar ó de hacer es el resultado de que una persona ha dado ó hecho una cosa para obligar al otro contrayente á que dé ó haga otra. Y esta teoría no puede considerarse como especial del derecho romano, sino como de derecho general á todos los pueblos, porque está en la naturaleza misma de las cosas.

No se encuentra en el derecho romano una definicion del contrato real: puede, sin embargo, á mi modo de entender, darse la siguiente: *aquel que ni tiene origen ni produce obligacion sin la entre-*

(1) Ley única, tit. XVI, que es la 1, lib. X de la Nov. Rec.

ga de una cosa, ó la prestacion de un hecho. Los contratos reales nominados son, el mútuo, el comodato, el depósito y la prenda, de cada uno de los cuales habla separadamente el Emperador.

Re contrahitur obligatio, veluti *mutui datione.* Mutui autem obligatio in his rebus consistit, quæ *pondere, numerô, mensurâve* constant, veluti vinô, oleô, frumentô, pecuniâ numeratâ, ære, argentô, aurô, quas res, aut numerandô, aut metiendô, aut pendendô, in hôc damus, *ut accipientium fiant*, et quandoquè nobis *non eædem res*, sed aliæ *ejusdem naturæ et qualitatis* reddantur. Undè etiàm mutuum appellatum est, quia ità à me tibi datur, ut *ex meô tuum fiat* (*a*). Ex eô contractu nascitur *actio, quæ vocatur condictio* (*b*).

La obligacion real se contrae, por ejemplo, con la dacion del mútuo. La obligacion del mútuo consiste en las cosas que se pesan, se cuentan ó se miden, por ejemplo, vino, aceite, granos, dinero contante, cobre, plata ú oro, cosas que damos por el número, por el peso ó por la medida para que se hagan del que las recibe y no precisamente con el fin de que se nos devuelvan las mismas cosas, sino otras de la misma naturaleza y calidad: de aquí proviene el nombre de mútuo, porque yo te lo doy para que de mio, que es se haga tuyo (*a*). De este contrato nace la accion que se llama condiccion (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 90, Com. III de sus Inst.)
(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. inicial y 3, ley 9, tít. I, lib. XII del Dig.)

Comentario.

Mutui.—El mútuo, *mutuum*, cuya etimología se consigna en el texto, puede ser definido: *el contrato por el que uno trasfiere á otro cierta ó ciertas cosas que se estiman en el comercio por su peso, número ó medida, con la obligacion de que le devuelva otro tanto del mismo género.*

Datione.—La entrega de la cosa, que, como dice el texto, y mas adelante explicaré en este mismo comentario, trasfiere la propiedad en el contrato de mútuo, es la causa de la obligacion que se impone al que la recibe.

Pondere, numerô, mensurâve.—En el mútuo la cosa que se dá para que se devuelva otra, es cierta por el número, por el peso ó por la medida. Es otro tanto y no la misma cosa la que debe ser restituida, y por lo mismo solo tiene lugar este contrato respecto á aquellas que pueden ser representadas exactamente por otras: de ellas dijo Paulo (1) *in genere suô magis recipiunt functionem per solutio-*

(1) §. 1, ley 2, tít. I, lib. XII del Dig.

nem quàm specie: los jurisconsultos les dan generalmente el nombre de *fungibles*, palabra que no es romana, sino un verdadero barbarismo; pero que juntamente con la de cosas *no fungibles* ha servido para dar cierta concision y claridad, y evitar una perífrasis con objeto de explicar la misma idea. Comun es confundir las cosas *fungibles* con las que se consumen por el uso, y en esto se comete una equivocacion, porque hay algunas cosas que se consumen por el uso y no son fungibles; asi sucede, por ejemplo, con el último vino que reste de una cosecha y que por su antigüedad y calidades tenga un valor superior al de otros vinos de su misma clase: este vino no podrá ser objeto de mútuo, y para convencerse basta considerar que el que dá en mútuo una cosa, solo tiene por objeto que se le entregue otra que represente exactamente la que él dió, lo que no puede suceder en el caso propuesto. Escusado es indicar que cuando el texto habla de cosas que se pesan, miden ó cuentan, no debe tomarse literalmente, porque entonces no habria una cosa que no pudiera ser objeto del mútuo, sino de aquellas que segun el uso del comercio se sujetan al número, peso ó medida para apreciarlas y venderlas.

Ut accipientium fiant.—Es requisito esencial en el mútuo que la cosa prestada se trasfiera al mutuario. De aquí se deduce que siempre que la propiedad de la cosa no se trasfiera, como sucederia en el caso de que el mutuante no fuera dueño de ella (1), ó que siéndolo careceria de capacidad para enagenarla (2), no habria contrato de mútuo, y por lo tanto no podria el que recibiera la cosa disponer de ella, puesto que no la habia adquirido. El Emperador expuso ya esta doctrina en otro lugar (3); donde hablando del pupilo que recibe dinero en mútuo sin autoridad del tutor, advierte que no contrae obligacion porque no se traspasa la propiedad al que lo recibe, y la cantidad dada puede ser reivindicada si existe, es decir, que el que es dueño del dinero, sea ó no sea el prestamista, puede por medio de la accion real recuperar lo que se prestó, y que aquel contra quien se entabla la reivindicacion, sea ó no sea el mismo que recibió la cosa, no es perseguido como deudor, sino como detentador injusto de lo ageno. Asi es que la palabra *datio* de que usa el texto al principio, quiere decir traslacion de dominio, del mismo modo que antes de ahora (4) se dió la misma significacion á la palabra *datio* en la donacion, *doni datio*. Mas no por esto debe confundirse la

---

(1) §. 2, ley 2, tit. I, lib. XII del Dig.
(2) §. 2, tit. VIII, lib. II de estas Inst.
(3) §. 2 citado.
(4) Principio del tit. VII, lib. II de estas Inst.

donacion con el mútuo: en la primera no queda obligado á nada el donatorio, aun cuando la donacion sea por causa de muerte, recibiendo entonces la cosa para restituirla en determinado caso, porque aunque si bien estará obligado á restituir, no será la obligacion efecto inmediato de la donacion, sino de un acontecimiento en virtud del cual el donante podrá volver á adquirir la cosa donada: lo contrario sucede en el mútuo por el que el mutuatario se obliga en el mismo momento que adquiere. Esta diferencia estriba solamente en la diversidad de la intencion del que traspasa la cosa y del que la recibe; con arreglo á ella se determinará cuál es el efecto de la entrega, y si produce una donacion, un mútuo, un comodato ó un depósito.

Non eædem res.—Por esto se dice que en el mútuo no debe volverse la misma especie, sino el mismo género; y á no ser así, no habria en este contrato enagenacion. Esto no es obstáculo para que el deudor devuelva al acreedor la misma cosa que recibió si no ha usado de ella, con tal que no se haya deteriorado, porque así queda cumplida la obligacion del mútuo, que consiste en devolver una cantidad igual del mismo género y de la misma bondad; á lo que se agrega que el deudor que devuelve lo mismo que recibió, en nada perjudica al acreedor, puesto que se limita á renunciar un derecho introducido exclusivamente á su favor.

Ejusdem naturæ et qualitatis.—Si los objetos que han de volverse no fueran de la misma especie, naturaleza y calidad, podria haber un contrato de trueque ó permuta, pero no uno de mútuo: seria en este caso necesario comparar los objetos que se entregaban con los que se habian de devolver, no con relacion á la cantidad dada, sino con relacion al valor intrínseco que tuvieran, de lo que resultaria que no se devolveria el número, el peso ó la medida que se recibió. Mas el que devuelve las cosas del mismo género y calidad al debido tiempo, no podrá ser obligado á dar mayor cantidad en el caso de que haya bajado de precio la cosa, y por el contrario, tampoco podrá libertarse ofreciendo menor cantidad á título de que ha subido de precio, porque la diferencia de precios entonces es extrínseca y depende de la mayor ó menor oferta y demanda que haya en el mercado. Mas si por cualquiera circunstancia no hubiere posibilidad de devolverse la cosa prestada y hubiere de darse en su lugar la estimacion, puede dudarse á qué tiempo se ha de atender para fijarla: el jurisconsulto Juliano (1), conformándose con la opinion de Sabino, dice

(1) Ley 22, tít. I, lib. XII del Dig.

que si se expresó en el contrato el tiempo en que debia hacerse la devolucion, debe atenderse al valor que entonces tenia la cosa prestada, y si faltó aquella expresion, al que tuviera cuando se pidió. En la misma autoridad se fundó el expresado jurisconsulto para resolver al precio de qué mercado debia estarse en semejante caso, y señaló el del lugar en que se convino hacer la entrega, y en defecto de esta designacion, el del lugar en que se pidió. Es claro que en todo caso si hubiere demora por parte del deudor en satisfacer á su tiempo lo que debe, habrá de pagar el aumento de precio que despues tuviere la cosa, porque seria injusto que su falta de cumplimiento perjudicase al acreedor.

Conviene hacer aquí alguna ligera indicacion respecto á la devolucion del dinero que se recibió en mútuo, porque hay algunas prescripciones que le son peculiares. El mutuatario por regla general no está obligado á devolverlo en la misma forma y materia que lo recibió, á no ser que se originen de ello perjuicios al mutuante (1), porque en la moneda se reputa que igual cantidad es siempre la misma especie; así, suponiendo que uno hubiere recibido de otro en mútuo cien sestercios, en el supuesto de que cada uno de ellos valiera dos ases y medio, cumpliria la obligacion de devolver que habia contraido, entregando doscientos cincuenta ases en lugar de los cien sestercios que recibió. Dimana esto de que en el dinero se considera mas que la materia y su calidad, el valor ó la estimacion que representa (2). Mas esta doctrina no es estensiva al caso en que al celebrarse el contrato, hubieran expresamente convenido los contrayentes la clase de moneda en que se habia de hacer el pago, porque entonces deberá ser guardada la voluntad de las partes.

Una cuestion interesante suelen suscitar los jurisconsultos respecto al préstamo del dinero, á saber: si en el caso de haberse aumentado ó disminuido el valor de la moneda despues de celebrado el contrato de mútuo, no habiendo pacto expreso, ni interviniendo demora por parte del deudor, deberá estarse al valor que tuvo al tiempo de celebrarse el contrato, ó al tiempo del pago. Algunos jurisconsultos quieren que se atienda al tiempo del contrato, fundándose en que el valor extrínseco es lo único que debe considerarse en el dinero, y por lo tanto creen que no se hace ningun perjuicio volviendo la misma estimacion que se recibió y que así queda cumplida la obligacion del mutuatario. Otros, por el contrario, opinan que se ha de devolver atendiendo al valor que tenga al tiempo de

(1) Ley 99, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(2) §. inicial, ley 1, tit. I, lib. XVIII del Dig.

hacer el pago: fúndanse para ello en que la variacion de la estimacion de la moneda implícitamente lleva la variacion de su valor intrínseco. La equidad aconseja que para no causar perjuicio á ninguno de los contrayentes, se atienda al tiempo del contrato si el valor intrínseco de la moneda ha cambiado, y al tiempo de hacerse la solucion si solamente há variado la estimacion extrínseca: la razon de esta diferencia consiste en que el acreedor, á haber tenido guardado el dinero en su poder, se hubiera encontrado en igual caso. Esta es la opinion de Minsingero y de Vinnio.

Por último, advertiré que aun cuando por regla general la cosa que debe devolverse ha de ser del mismo género y calidad que la recibida, estas dos circunstancias de la devolucion no son igualmente necesarias. Es esencial en el contrato de mútuo que la cosa que se devuelva sea del mismo género, y es solo natural que sea de la misma bondad; á lo que es consiguiente que el pacto de que se vuelva un género por otro cambie la índole del contrato, lo que no sucede con el que se limita solamente á la distinta bondad del género (1).

Ex meô tuum fiat.—No están todos los autores conformes en la etimología de la palabra *mutuum.* Varron la hace derivar de la lengua griega: Cujas quiere que venga de la palabra *mutatio*, porque se muda ó se cambia lo que se dá por lo que se recibe, y esto hasta cierto punto se apoya en la autoridad de Ciceron. Mas dejando etimologías que á poco conducen, debe observarse que primitivamente y en su acepcion propia la palabra *mutuum* no se referia al contrato, sino al objeto prestado; el mismo contrato se denominaba *mutui datio*, y así lo considera el texto.

Actio, quæ vocatur condictio.—El mútuo como contrato unilateral produce solo una accion, á saber: *la que compete al mutuante contra el mutuatario para que le dé igual cantidad de cosas y del mismo género y calidad que las que recibió:* esta accion es de la clase de las personales, y tiene la denominacion de *condictio certi*, de que se hablará oportunamente al tratar de las acciones.

Del préstamo á interés.

Antes de pasar adelante, me parece conveniente completar la doctrina del mútuo, hablando con brevedad del préstamo á interés, préstamo que fué en Roma por mucho tiempo un manantial de desórdenes y de convulsiones políticas.

Queda dicho que la entrega de la cosa dada en mútuo es la causa

---

(1) Ley 3, tit I. lib. XII del Dig.

de este contrato, en el que debe devolverse otro tanto ni más ni menos de lo recibido, de lo que se infiere que no pueden ser comprendidos en el contrato intereses por la cosa debida. Se ha dicho tambien que el mútuo es un contrato unilateral, y por lo tanto de derecho estricto; así es que cualquier pacto que se le agregue no tiene por su inmediata agregacion al contrato fuerza civil de obligar, la que, como se ha visto antes, solo se daba á los pactos añadidos sin intérvalo á los contratos bilaterales ó de buena fé. Resulta por lo tanto que para que se debieran válidamente intereses en el contrato de préstamo, era necesario otro contrato formal distinto del mútuo; á saber, una estipulacion (1): en este caso la cosa prestada se llamaba *sors*, *caput*, *res fœnebris*, *pecunia fœnebris*, y á los intereses se daba el nombre de *fœnus*, *versura*, *usuræ*.

No entraré en el exámen de las diversas cuestiones que se han promovido respecto á la justicia y utilidad de la usura y de la intervencion que en este negocio corresponda á la autoridad pública. Al primer golpe de vista debió sin duda parecer extraño que el mutuante pudiera llevar intereses, esto es, frutos civiles, por una cosa que ya no le pertenecia, porque, como se ha dicho, el mútuo trasfiere el dominio al mutuario: agrégase á esto que no pudiendo usarse sin consumirse las cosas fungibles, únicas en que consiste el mútuo, se consideró como injusto pagar frutos civiles por el uso de una cosa de aquella naturaleza. Sin embargo de esto no cabe duda que hay justicia en los intereses que se llevan por la cosa prestada, y que la cuestion presentada en los términos expresados no está en su verdadero punto de vista. Los intereses que se pagan por el mútuo no son frutos civiles de la cosa prestada; solo son una compensacion de las pérdidas y de los peligros que el préstamo acarrea al acreedor, y de la cesacion de las ventajas que él mismo hubiera podido adquirir si empleara el dinero. Por otra parte tampoco tiene fuerza el decir que no debe pagarse nada por el uso de una cosa que no puede usarse sin consumirse, porque si lo prestado ha producido utilidades al que lo ha recibido, si le ha servido para aumentar su patrimonio, ó al menos para evitarle dispendios que de otro modo hubiera tenido que hacer, es claro que realmente no puede decirse que se haya consumido la cosa que dejó de existir, sino que cambiando de forma, permanece siendo útil al mutuatario. Hé aquí los principios que justifican el interés que se lleva por la cosa prestada, bien sea dinero, ó bien cualquier otra cosa fungible, respecto á las cuales media tambien á las veces usura (2).

(1) Ley 24, tit. V, lib. XIX del Dig.
(2) Ley 23, tit. XXXII, lib. IV del Cód.

El interés debe guardar proporcion con los beneficios que del préstamo espera el que lo recibe y con los peligros que corre y lucros que deja de percibir el que lo hace; pero como es comun, y lo fué mas en Roma, que los hombres adinerados abusen de la triste situacion del infeliz que tiene la precision de acudir á su avaricia, se ha apelado frecuentemente por los legisladores á medios mas ó menos directos para neutralizar las fatales consecuencias que origina á los hombres menesterosos la codicia de los capitalistas; al efecto se han dado en todas partes repetidas leyes que han servido mas para agravar el mal que para aliviarlo, porque haciendo retirar capitales de este empleo, los que continuaban dedicándose á prestar han hallado mejor ocasion de imponer la ley al necesitado, quien ha tenido que satisfacer con él aumento de la usura el peligro que corria el usurero al infringir las leyes que ó prohibian ó limitaban el interés del dinero.

En Roma hubo diferentes leyes sobre las usuras. Ya en tiempo de Ciceron solo podia llevarse un doce por ciento al año; á estas usuras se daba el nombre de *centesimæ*, porque mensualmente tenia que pagarse como interés la centésima parte del capital. Justiniano reformó el derecho antiguo estableciendo diversidad de usuras con arreglo á la distinta calidad y circunstancias de los individuos y de los préstamos (1). Las personas ilustres ó los que tenian mayor consideracion social, solo podian estipular usuras hasta la tercera parte de las centésimas, es decir, un cuatro por ciento; los que estaban al frente de establecimientos industriales y mercantiles, hasta las dos terceras partes, es decir, un ocho por ciento; y los que no se hallaban en ninguno de estos casos, la mitad de las centésimas, esto es, un seis por ciento. Unicamente era lícito estipular las usuras centésimas en el contrato que nosotros llamamos á la gruesa ó préstamo á riesgo marítimo (*trajectitia pecunia*), por los mayores peligros que corria el prestamista. Conviene advertir que las usuras solamente eran lícitas dentro de los límites prefijados cuando se trataba de que recayeran sobre el capital; pero no las usuras de las usuras (2), á las que Ciceron dá el nombre de *anatocismus*, voz cuya correspondencia no se halla en el Diccionario de nuestra lengua, como tampoco las palabras *alacernina* ó *gallerin*, que segun Valbuena son en el uso vulgar las que corresponden á la latina *anatocismus*. Los Emperadores Diocleciano y Maximiano dieron una constitucion imponiendo la nota de infamia á los que llevaron usuras de usuras (3): mas como habia acreedores tan

---

(1) §. 1, ley 26, tit. XXXII, lib. IV del Cód.
(2) Ley 29, tit. 1, lib. XXII; y ley 27, tit. I, lib. XLII del Dig.
(3) Ley 20, tit XI, lib. XI del Cód.

avarientos que eludian esta disposicion, incluyendo las usuras en el capital para que así se ocultase el fraude, estableció terminantemente Justiniano (1) que no fuera lícito acumular al capital las usuras del tiempo pasado ó futuro ni estipular usuras de ellas; y para que en ningun caso quedase frustrada esta disposicion, la hizo extensiva tambien al caso en que la usura se debiera por consecuencia de la cosa juzgada (2). Tampoco se deben usuras de los frutos que se restituyen por haber sido percibidos despues de la contestacion á la demanda, ni de aquellos que percibidos antes de ella, tienen que devolverse por la mala fé del poseedor (3). Mas si las usuras mudan la naturaleza de tales y toman el carácter de capital, lo que sucede cuando se cambia la persona del deudor, entonces no podrán conceptuarse como usuras de usuras, sino como usuras del capital, y de consiguiente serán válidas: así sucederá si el tutor exige las que se deben al pupilo y las emplea en usos propios (4).

1 Is quoquè, qui *non debitum accepit*, àb eô, qui per errorem solvit, *re obligatur*; daturque agenti contra eum propter repetitionem *condictitia actio*. Nam proindè ei condici potest: *si paret eum dare oportere*, acsi mutuum accepisset; unde *pupillus*, si ei sine tutoris auotoritate non debitum per errorem datum est, *non tenetur* indebiti condictione magìs quàm mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere, cum is, qui solvendi animô dat, magìs distrahere voluit negotium, quàm contrahere.

Aquel que ha recibido una cantidad que no se le debia de otro que le paga por error, queda obligado en virtud de la tradicion, y á este se da contra el primero la accion condicticia para recuperar lo que entregó. En efecto, se puede intentar contra él la *condiccion* si parece que debe dar, del mismo modo que si lo hubiera recibido en mútuo; así el pupilo á quien sin autorizacion del tutor se ha hecho por error el pago de lo no debido, no estará obligado por esta *condiccion*, de la misma manera que no lo estaria si hubiera recibido dinero en mútuo. Mas esta especie de obligacion no parece provenir de un contrato, pues el que dá con ánimo de pagar parece que mas bien quiere deshacer la obligacion que contraerla. 1

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 91, Com. III de sus Inst.)

---

(1) Ley 28, tit. XXXII, lib. IV del Cód.
(2) Ley 3, tit. LIV, lib. VII del Cód.
(3) Ley 15, tit. I, lib. XXII del Dig.
(4) §. 12, ley 7; y §. 1 de la ley 58, tit. VII, lib. XXVI del Dig.

Comentario.

Non debitum accepit.—No puede justificarse el que, hablando de los contratos reales, Justiniano trate de la *condictio indebiti* que no nace de un contrato. En este punto, como en tantos otros, fué arrastrado por la autoridad de Cayo: pero las circunstancias no eran iguales, porque Cayo no tiene en sus Instituciones un título especial de cuasi-contratos y de consiguiente habló por analogía de la *condictio indebiti* al tratar del mútuo: mientras que á Justiniano no alcanza esta disculpa, porque habla separadamente de los cuasi-contratos y vuelve allí á la cuestion que aquí presenta. Por esta razon no me estenderé en este comentario, limitándome solo á hacer las indicaciones indispensables para que se conozca su sentido literal.

Re obligatur.— La entrega de la cosa que no se debia, pagada en el concepto de deberse, es la causa de esta obligacion.

Condictitia actio.—Lo mismo es la frase *condictitia actio* que la palabra *condictio*, esto es, la accion personal que cuando se ejercita para recuperar lo indebidamente pagado, toma el nombre de *condictio indebiti* (1) ó *indebita condictio* (2).

Si paret eum dare oportere.—Esta frase pertenece á la fórmula de las *condicciones*. Oportunamente se explicará lo que convenga para la completa inteligencia de este punto.

Pupillus non tenetur.—Fúndase esto en que, como queda manifestado en otro lugar, el pupilo no puede obligarse sin la autoridad de su tutor.

2 Itèm is, cui res aliqua *utenda datur, id est, commodatur, re obligatur*, et tenetur *commodati actione*. Sed is ab eô, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ità res datur, ut ejus fiat; et ob id de eâ re ipsâ restituendâ tenetur. Et is quidêm, qui mutuum accepit, si quôlibet fortuitu casu quod accepit amiserit, veluti incendiô, ruinâ, naufragiô, aut latronum hostiumve incursu, nihilominùs obligatus permanet. At is, qui utendum accepit, *sanè quidèm exactum diligentiam custodiendæ rei* præstare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam

Aquel á quien se entrega una cosa para que se sirva de ella, es decir, en comodato, queda obligado en virtud de un contrato real, y contra él compete la accion de comodato. Diferénciase mucho del que ha recibido una cosa en mútuo, porque no se le da la cosa para que la haga suya, y por lo tanto debe devolver la misma que recibió. Así el que ha recibido una cosa en mútuo, si la perdiere por cualquier caso fortuito, como un incendio, una ruina, un naufragio, un ataque de ladrones ó una incursion de enemigos, queda obligado sin embargo. Mas el que 2

(1) Tit. VI, lib. XII del Dig.
(2) §. 1, ley 15, tit. VI, lib. XII del Dig.

adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterit eam *rem custodire*; sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modò non hujus culpâ is casus intervenerit: alioquìn, si id, quod tibi commodatum est, peregrè tecum ferre malueris, et vel in cursu hostium predonumve, vel naufragiô amiseris, dubium non est, quin de restituendâ eà re tenearis (*a*). Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nullâ mercede aceptâ vel constitutâ, res tibi utenda data est. Alioquìn mercede interveniente, locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum (*b*).

recibió una cosa en comodato, está obligado à prestar un gran cuidado en su custodia, y no le basta emplear el mismo cuidado que acostumbra tener en la conservacion de sus cosas, con tal que otro mas diligente que él pudiera conservarla; pero no debe responder de fuerza mayor ó de casos fortuitos, si no han venido por culpa suya. Pero si prefirieres llevar á un viaje la cosa que se te ha dado en comodato y la perdieres en un naufragio ó en un asalto de ladrones ó piratas, está fuera de duda que tienes obligacion de restituirla (*a*). Entiéndese que una cosa está propiamente dada en comodato, cuando te ha sido entregada sin recibir ni constituir ninguna merced, porque, si esta interviene, habrá un contrato de locacion-conduccion, pues el comodato debe ser gratuito (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 3 y 4, ley 1, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 12, ley 5, tít VI, lib. XIII del Dig.)

Comentario.

Utenda datur, id est, commodatur.—El segundo de los contratos reales de que se ocupa el Emperador es el *comodato*. Puede definirse *contrato por el que una de las partes entrega gratuitamente á la otra una cosa, con la obligacion de que le devuelva la misma despues de haber hecho el uso convenido.* De aqui se infiere que son circunstancias esenciales en este contrato:

Primera. La entrega de la cosa, porque de otro modo no sería contrato real. El pacto ó la promesa de dar una cosa en comodato no lo constituye, aunque será eficaz y tendrá efecto si ha intervenido la fórmula de la estipulacion.

Segunda. Que el uso para que se presta la cosa, no la consuma, porque de lo contrario no sería el uso de la cosa lo que se cediese al comodatario, sino la misma propiedad.

Tercera. Que el uso de la cosa prestada sea gratuito, porque de otra manera habria un verdadero arrendamiento de cosas.

Cuarta. Que la restitucion se haga precisamente en la misma cosa

que se prestó, porque si se hiciera en otra del mismo género seria mútuo, si en otra de diferente género seria permuta, y si en dinero seria venta.

Quinta. Que el uso para que se da la cosa sea determinado, porque de otro modo *seria precario*, en el que tambien se da la cosa para que se use gratuitamente y se devuelva, pero sin hacer determinacion del uso, y siendo además lícito al que presta revocarlo cuando quiera, aun en el caso de que se haya dado la cosa hasta cierto tiempo (1), lo cual no sucede en el comodato, á no ser despues de concluido el tiempo ó el uso para que se concedió (2). No es esto obstáculo para que el comodatario devuelva la cosa cuando quiera, porque cada uno puede renunciar á los beneficios en su favor introducidos.

Tanto las cosas muebles como las inmuebles pueden ser objeto de comodato (3): no así las que solo prestan utilidad consumiéndolas, á no convenirse en que sean devueltas en su misma individualidad, y que el préstamo sea sólo para hacer ostentacion de ellas ó sacar otra utilidad que la de su consuncion (4).

Re obligatur. — Queda dicho que la entrega de la cosa es tan esencial en este contrato, que constituye su causa civil de obligar.

Commodati actione. — Al hablar de la division de los contratos unilaterales y bilaterales se dijo que entre estos últimos hay algunos á que los intérpretes ya dan la calificacion de *imperfectos*, ya la denominacion de *intermedios*, porque produciendo solamente una obligacion al principio, por un hecho posterior pueden producir otra. A esta clase de contratos bilaterales pertenece el de comodato, y como en el texto se expresa cuáles son las obligaciones del comodatario, convendrá manifestar aquí cuáles pueden ser las del comodante. Redúcense estas á que en caso de que el comodatario experimente pérdidas por los vicios ocultos de la cosa, que no se le manifestaron ó en el de que hubiere hecho gastos necesarios para su conservacion, no permitiendo la urgencia de ellos ponerlo en conocimiento del dueño, sea indemnizado debidamente. Como toda obligacion civil tiene una accion correlativa, resulta que del comodato deberán nacer dos acciones: una que proviene inmediatamente del contrato, y se llama *directa commodati*, y la otra que puede nacer por un hecho posterior, á la cual se da el nombre de *contraria commodati*. La accion *directa* de comodato es *la que compete al comodante y á su heredero contra*

---

(1) Leyes 1, 2 y 12, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(2) § 3, ley 17, tit. VI, lib. XIII del Dig.
(3) §. 1, ley 1, tit. VI, lib. XIII del Dig.
(4) §. 6, ley 3, tit. VI, lib. XIII del Dig.

el comodatario y su heredero para que concluido que sea el uso para que le prestó la cosa, se la devuelva y repare los daños que le haya ocasionado por la culpa leve en abstrato. Accion *contraria* de comodato es *la que compete al acomodatario y á su heredero contra el comodante y su heredero para que le indemnice de los daños que le ha causado por dolo ó por culpa lata, y le reembolse los gastos necesarios que haya hecho á fin de conservar la cosa prestada.* Así estará obligado por esta accion contraria el que sabiendo que las vasijas que presta para poner vino ó aceite vician el género que contienen, no lo manifiesta y de resultas de este silencio se origina un perjuicio al comodatario (1): así tambien lo estará el que prestó un caballo, cuando el comodatario tuvo que hacer gastos para curarle una enfermedad que padecia. Mas esto no debe entenderse de los gastos ordinarios, por ejemplo los que empleó en su manutencion mientras se aprovechó de él porque, como dice Cayo, la razon natural dicta que los pague el que saca la utilidad de la cosa prestada (2). Además de la accion contraria de que acabo de hablar tiene el comodatario el derecho de compensacion, con el cual puede defenderse (3), y el de retener la cosa dada en comodato hasta que se le pague la indemnizacion que por la accion contraria puede reclamar.

Sanè quidèm exactam diligentiam.—En este lugar voy á tratar de la interesante doctrina del dolo, del caso fortuito y de la prestacion de culpas en los contratos, examinando las teorías en general, sin perjuicio de hacer aplicacion despues al comodato, como á su vez lo haré en todas las demás obligaciones. Al hablar del mútuo no ha sido necesario entrar en esta materia, en que se trata de averiguar á quién pertenece la pérdida ó menoscabo de las cosas acerca de que versan los contratos, cuando perecen en manos del que no es su dueño, ó del que siéndolo tiene obligacion de entregarlas á otro trasfiriéndole su dominio, porque en el mútuo, el mutuatario se hace dueño de la cosa, y no está obligado á devolver la misma que recibió, sino otro tanto del mismo género, y el género nunca perece. Así es que pereciendo la cosa dada en mútuo, tiene lugar el principio general de que la cosa perece para su dueño, principio que no siempre es constante, como tendré ocasion de manifestar; por esto se dice tambien que el mutuatario no presta culpa, porque nadie la presta en sus cosas. Mas cuando se trata de una cosa que está en poder de otro que no es su dueño, ó de aquella que, estando en poder del que aun conserva su dominio, debe

(1) §. 3, ley 17; y §. 3, ley 18, tit. VI, lib. XIII del Dig.
(2) §. 2, ley 18, tit. VI, lib. XIII del Dig.
(3) §. 4, ley 18, tit. VI, lib. XIII del Dig

darse individualmente, *in specie*, á otro, es necesario establecer principios diferentes.

A este efecto debe distinguirse entre el *caso fortuito*, el *dolo* y la *culpa*. *Prestar el dolo, la culpa ó el caso fortuito* es resarcir el daño ocasionado por cualquiera de estas circunstancias. Trataré, pues, separadamente de cada una de ellas.

Por *caso fortuito* se entiende *todo acontecimiento perjudicial que no puede preveerse, ó que previsto, no puede evitarse* (1). A esta clase pertenecen los incendios, las inundaciones, las ruinas, los naufragios, los asaltos de ladrones y demás acontecimientos semejantes, cuando no ha habido imprudencia ni omision en el hombre para provocarlos (2). Las leyes romanas dan tambien al caso fortuito los nombres de *casus* (3), *vis major* (4), *vis divina* (5), *vis naturalis* (6), *fatum* (7) y *damnum fatale* (8): el daño que se teme por caso fortuito tiene en el derecho el nombre de peligro, *periculum* (9). Entiéndase que siempre que estos acontecimientos desgraciados no sean obra exclusiva de circunstancias imprevistas ó inevitables, sino que algun hecho ó alguna omision haya contribuido á que el perjuicio se realice, no deberán reputarse como casos fortuitos, sino que más bien se estimará como dolo ó culpa el daño que hayan originado (10).

El caso fortuito por regla general no se presta en ningun contrato; es decir, nadie está obligado á resarcir al perjudicado los daños ocasionados en una cosa suya por accidentes que ó no pudieron preveerse, ó no pudieron evitarse; estos son una desgracia que no hay obligacion de indemnizar, á no ser que alguno se hubiera comprometido á ello por convencion (11), ó que existiera una ley particular que le obligase á reparar el perjuicio, como sucede cuando los esclavos ó los animales causan un daño, en los términos que expondré al hablar de lo que los romanos llamaban *noxa* y *pauperies*.

Cuando el daño á los perjuicios que se originan en la cosa no

---

(1) §. inicial, ley 18, tit. VI, lib. XIII; y §. 4, ley 1, tit. VII, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 4, ley 1, tit. VII, lib. XLIV; y ley 23, tit. XVII, lib. L del Dig.
(3) §. 5, ley 21, tit. IV, lib. IV del Dig.
(4) §. 1, ley 13, tit. VII, lib. XIII: §. 6, ley 25, y ley 33, tit. II, lib. XIX del Dig., y el texto que comento.
(5) §. 4, ley 24, tit. II, lib. XXXIX del Dig.
(6) Ley 59, tit. II, lib. XIX del Dig.
(7) §. 5, ley 21, tit. IV, lib. IV; y §. inicial, ley 16, tit. I, lib. VI del Dig.
(8) §. 4, ley 5, tit, VI lib. XIII del Dig.
(9) §. 9. ley 9, tit. I, lib. XII; y §. 14, ley 5, tit. VI, lib. XIII del Dig.
(10) §. 4, ley 1, tit. VII, lib. XLIV; y §. 4, ley 14, tit. III, lib. XVI del Dig.
(11) §. 15, ley 7, tit. XIV, lib. II; y §. 35, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.

dimanan de accidentes imprevistos, sino de un hecho ó de una omision, bien sea por voluntad del que lo causa, ó bien por simple descuido ó negligencia, rigen principios diferentes, principios que se desenvuelven en la teoría de la *prestacion del dolo* y *de la culpa*. Las palabras *dolo* y *culpa* tienen de comun que se refieren á hechos ú omisiones ilícitas que son perjudiciales á un tercero; más como la omision de un hecho por regla general no constituye ataque á un derecho, de aquí se infiere que solo podrá ser tomada en cuenta cuando por razones particulares tengamos obligacion de no omitir los hechos de que se trata. En esto se funda la teoría del *dolo* y de la *culpa*.

Por *dolo* se entiende *toda maquinacion fraudulenta que tiene por objeto causar perjuicio á otro* (1). Esta palabra envuelve la significacion que en el uso comun se dá á la de *engaño*. Concretándome al dolo en lo que se refiere á la pérdida ó menoscabo de las cosas que han sido objeto de un contrato, debo decir por regla general, que no admite escepciones, el dolo se presta en todos (2), es decir, que el que ha causado un perjuicio con intencion deliberada en la cosa que era objeto de la obligacion, debe repararlo: regla conforme á los principios de justícia, los cuales no permiten que se convierta contra uno de los contrayentes el daño que espontánea y voluntariamente le haya ocasionado el otro. Es tan constante este principio, que las leyes, considerando inmoral todo pacto que tienda á modificarlo, lo rechazan como ilícito (3). Y en efecto, sería dejar abierta una ancha puerta á la mala fé establecer el principio de que uno de los contrayentes pudiera sin razon alguna dañar á su sabor y con premeditacion al otro contrayente. Pero esta prohibicion de pactar acerca del dolo limítase al futuro, no alcanzando al pasado, respecto del cual puede transigir el que ha sido su víctima (4).

Mas dificultades presenta la teoría de la *prestacion de culpas*, teoría que en todos tiempos ha sido objeto de profundas meditaciones y detenido exámen, y que es presentada de diferente modo segun las opiniones que han dominado en cada época y las particulares de cada jurisconsulto. Desde luego debe observarse que la diferencia capital que separa la culpa del dolo, consiste en que en aquella no hay ciencia del mal que se va á ejecutar, no hay voluntad de realizarlo; ciencia y voluntad que se requieren en el dolo.

La mayor parte de los comentadores antiguos del derecho roma-

---

(1) §. 2, ley. 1, tit. III, lib. IV; y §. 5, ley. 2, tit. IV, lib. XLIV del Dig.
(2) Ley 23, tit. XVII, lib. L del Dig.
(3) §§ 3 y 4, ley 27, tit. XIV, lib. II; y ley 23, tit. XVII, lib. I del Dig.
(4) §. 14, ley 7, y §. 3, ley 27, tit. XIV, lib. II del Dig.

no establecen tres diferentes clases de culpas, la *lata*, la *leve* y la *levísima*, correspondientes á tres grados de diligencia escasa, exacta ó exactísima: toman por límite de los respectivos grados de culpa la comparacion de los padres de familia abandonados, prudentes y minuciosos en el cuidado de sus bienes. Cada una de estas tres clases de culpas, añaden, es imputable segun la diferente combinacion de utilidad que resulta del contrato: cuando este solamente es útil á aquel á quien debe ser dada ó restituida la cosa, el deudor no responde mas que de la culpa lata: si en el contrato versa la utilidad de ambos contrayentes, se presta la leve, y por último la levísima, cuando el contrato redunda solamente en utilidad del deudor. Los partidarios de esta doctrina se fundan en el párrafo 1 de la ley 13, título VII, libro XIII del Digesto, en que hablándose de la accion pigneraticia dice Ulpiano: *venit autem in hâc actione et dolus et culpa, ut in commodatô; venit et custodia, vis major non venit,* y dicen que en este lugar bajo la palabra *dolus* se comprende la culpa lata; bajo la palabra *culpa* la leve, y que la palabra *custodia*, que se presenta aquí como un término intermedio entre la culpa leve y el caso fortuito, debe referirse á la culpa levísima. Basta considerar que seria un absurdo suponer que el acreedor con prenda estuviera obligado á prestar mas diligencia que el comodatario, para inferir que no puede tener este texto la interpretacion que le dan. No son mas favorables á la explicacion de los intérpretes antiguos algunas leyes que hablan de la *diligencia* como separándola de la culpa leve (1), ó que hablan de toda culpa, *omnis culpa* (2), ó de toda diligencia, *omnis diligentia* (3), ó de la custodia y diligencia *custodia et diligentia* (4), ó de la diligencia del diligentísimo padre de familias (5), ó de la diligencia exactísima (6). Estas expresiones no se refieren á la culpa levísima inventada por los intérpretes, y en prueba de ello se encuentran en contratos que reportan utilidad á ambos contrayentes, contratos en que segun la hipótesis de los intérpretes solo deberia prestarse la culpa leve. No me detendré mas explicando las razones que me mueven á considerar poco fundada la antigua teoría de las culpas, por no faltar á las condiciones que me he impuesto al escribir este tratado. A la teoría que acabo de exponer, ha venido á reemplazar otra diferente que, indicada ya en el siglo XVI por Donneau, es hoy la seguida por los

---

(1) §. 2, ley 5, tit. VI, lib XIII: §. 5, ley 47, lib. XXX; y ley 23, tit. XVII, lib. L del Digesto.

(2) §. 1, ley 1, tit. VI, lib. XI del Dig.

(3) §. inicial, ley 38, tit. II, lib. XXXIX del Dig.

(4) Ley 36, tit. I, lib. XIX del Dig.

(5) Ley 5, tit. XXIV, lib. III de estas Inst.

(6) §. 1, tit. XXVII, lib. III de estas Inst.

jurisconsultos de mas nota (1). Segun ella hay dos clases de culpas, la *lata* y la *leve*: la lata denominada tambien *latior, dolo proxima* (2), tiene inmediata relacion con el dolo, y puede decirse que es la que, aun cuando no dimana de voluntad positiva de hacer un daño, supone el conocimiento del peligro á que estaba expuesta la cosa que nos fué confiada y una negligencia inexcusable para evitarlo. A la culpa lata corresponden la omision voluntaria de lo que debemos hacer para impedir el daño de otra persona (3); el mal que causamos con un hecho ilícito, pero sin mala intencion, por falta de meditacion, por ligereza ú otras circunstancias (4); el carecer de aquella prevision que los hombres prudentes suelen tener (5); y por último, el no emplear en la administracion de los bienes de otro la misma diligencia que ponemos en los nuestros (6). De lo dicho se infiere que la culpa lata es siempre resultado de un acto ó de una omision que la mayor parte de los hombres consideran que se aproxima mucho á la intencion dañada, y aun á veces que llega á confundirse con ella; porque aunque hay personas que en sus propios negocios tienen muy poco cuidado y prevision, no por eso deben escusarse de reparar los daños que su negligencia origina cuando están encargados de bienes agenos, pues no es justo que el descuido ó el hecho imprudente de alguno de los contrayentes, cuando por él se ha ocasionado un daño, recaiga sobre el otro.

Mas vaga y menos determinada que la culpa lata aparece la leve; su definicion, como se ha dicho oportunamente por algunos, es negativa, puesto que comprende toda culpa que no pertenece á la clase de latas. Por ella es responsable el que, atendidas las circunstancias de la obligacion, debe prestar mayores cuidados que los ordinarios: á esta clase de cuidados aluden las leyes cuando hablan de la diligencia exacta y exactísima y de los diligentes y diligentísimos padres de familia. En la culpa leve hay dos grados que los jurisconsultos distinguen bajo los nombres de *culpa leve en concreto* y *culpa leve en abstracto*. Aplícase el nombre de culpa leve *in concretô* á la omision del cuidado que pone en sus cosas aquel con quien se contrae: y de culpa leve *in abstractô* á la falta de diligencia en que incurriría un diligente padre de familia en sus negocios.

---

(1) Entre otros Thibaut, Lebrun, Mulhenhruch, Vangerow, Mannheim, D'Hauthuille y Etienne.

(2) §. 5, ley 47, lib. XXX del Dig.

(3) Ley 2, tit. LI: ley 2, tit. LV: y ley 2, tit. LXXV, lib. V del Cód.

(4) §. 7, ley 7, tit. III, lib. IV: §. inicial, ley 7, tit. III, lib. XVI; y §. 10, ley 8, tit. I, lib. XVII del Dig.

(5) §. 2, ley 213; y § inicial, ley 223, tit. XVI, lib. L del Dig.

(6) Ley 32, tit. III, lib. XVI; y §. 3, ley 22, tit. I, lib. XXXVI del Dig.

La *custodia* no forma un grado particular en la teoría de la prestacion de culpas, sino que indica la obligacion que hay en ciertos casos de velar por la guarda y conservacion de cosas que á otro corresponden.

Establecidos estos principios, consideraré ahora la responsabilidad que resulta por defecto de la diligencia que debe prestar un contrayente en las cosas, ó que son de otro, ó que á otro han de entregarse para que las haga suyas. La *culpa lata* se equipara al dolo, y del mismo modo que él, se presta en todos los contratos; regla general que es extensiva aun á los casos en que las leyes se limitan á hablar del dolo (1). Prestan *culpa leve en abstracto*: 1.° el contrayente en cuyo beneficio está hecho el contrato, cuando las obligaciones solamente sean útiles á una de las partes: 2.° cualquiera de los contrayentes, cuando la obligacion presenta utilidad á todos ellos: 3.° los que en interés propio poseen la cosa agena. Estas reglas no son inflexibles, sino que admiten las modificaciones que exige la índole especial de algunos contratos. Asi se observa que los socios no responden sino de la *culpa leve en concreto*, lo que se funda en la presuncion de que al entrar en sociedad, cada uno solamente esperó de su consocio el cuidado que solia emplear en sus propios negocios: doctrina que es aplicable al marido que administra los bienes dotales, á los coherederos y á los colegatarios respecto á los bienes comunes, y á los que han de restituir en virtud de fideicomiso una cosa determinada (2). Asi tambien á pesar de que el gestor de negocios, *negotiorum gestor*, y el mandatario no reportan utilidad de su respectivo encargo, son responsables por *la culpa leve en abstracto*: escepciones introducidas, la primera porque á no haberse él ofrecido á la administracion, quizá se hubiera presentado otro mas diligente, y la segunda porque la confianza especial que supone el mandato hace mas estrecha la responsabilidad del que lo recibe. Y de observar es que este rigor no se ha hecho extensivo á los tutores y curadores, los que responden solamente de la *culpa leve en concreto*, sin duda porque su cargo es forzoso y no voluntario.

La *custodia* hace reponsable á aquel á quien se impone, de la desaparicion total ó parcial de la cosa de otro (3). El custodio responde de la cosa que le fué hurtada, porque se presume que pudo evitarlo; presuncion que cede á la prueba que él haga en contrario.

No creo conveniente ampliar mas las doctrinas acerca de la pres-

---

(1) §. 1, ley 1, tit. VI. lib. XI; y ley 226, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) §. 5, ley 24, tit. V, lib. XXIV; y §. 3. ley 22, tit. I, lib. XXXVI del Dig.
(3) §. 22. ley 35. tit. IV, lib. XXXVI del Dig.

tacion del caso fortuito, del dolo y de la culpa, que encontrarán ulterior desenvolvimiento al explicar cada clase de contratos en particular. Recordaré lo que en otro lugar he dicho, que siendo la prestacion de culpas una de las cosas naturales en los contratos, puede modificarse por la voluntad expresa de los contrayentes; mas esto se entiende respecto á la culpa leve, porque la lata, que se equipara al dolo, no puede ser objeto de una convencion especial, en los términos que respecto á este queda dicho anteriormente.

Dejando ya estos principios generales, y concretándome al comodato, que es el punto especial de que habla el texto, debo decir que responde el comodatario de la *culpa leve en abstracto*. A esto aluden las palabras del texto *exactam diligentiam*, explicadas mas despues con las *nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solitus est, si modò alius diligentior poterit eam rem custodire*: lo que quiere decir, que no le bastará prestar la *culpa leve in concreto*, esto es, emplear la diligencia que ordinariamente tiene en sus propias cosas, sino que deberá prestar la que los hombres cuidadosos suelen consagrar á sus intereses, que, como queda dicho, es la *culpa leve en abstracto*.

Custodiendæ rei, rem custodire.—El comodatario debe tambien responder de la custodia, de modo que solo está libre de la restitucion de la cosa en caso de que esta perezca por caso fortuito: aun entonces responde de la que se le prestó, si la ha dejado perecer para conservar la suya (1), ó si la cosa ha perecido empleándola en un uso diferente del de su destino, como este mismo texto advierte en las palabras *si modò non hujus culpâ is casus intervenerit*, y en los ejemplos que pone á continuacion de dichas palabras.

Del precario.

Semejante al contrato de comodato es el *precario*, que puede definirse *la concesion de una cosa por el tiempo que dure la voluntad del concedente*. Ulpiano dice que su nombre viene de que regularmente se obtiene por las *preces* del que recibe la cosa para usarla; *quod precibus petenti utendum conceditur tandiù, quandiù is qui concessit, patitur* (2).

El precario no está enumerado entre los contratos: semejante al comodato, se diferencia de él en que la cosa prestada á ruegos del que la recibe para su utilidad, puede ser recogida por el que la pres-

(1) § 2. tit. IV, lib. II de las Sentencias de Paulo.
(2) Ley 1, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.

tó cuando este quiera reclamarla (1). A veces es accesorio de otro contrato: así sucede cuando vendiendo alguno á otro una cosa á plazo, se la entrega para que la posea como precario hasta que se le pague el precio (2); en este caso el precario modificará las consecuencias del contrato á que se agrega, y producirá efectos civiles, como los produce en el derecho romano todo pacto que se agrega en el acto á un contrato de buena fé. Mas si se considera aisladamente el precario, como que no estaba elevado á la categoría de contrato, no producia accion civil, á no ser que un verdadero contrato viniera á garantirlo, en cuyo caso tendria la fuerza que recibia del contrato que habia venido á darle firmeza. Fuera de estos casos el precario carecia de fuerza civil de obligar. Mas como no era justo que uno abusase de la liberalidad de otro, el pretor concedió un interdicto llamado *de precariô* para que el que prestó la cosa pudiera conseguir que se le restituyese, cuando no habia un contrato especial que lo impidiera; interdicto que pertenece á la clase de los *restitutorios* (3), y que, como dice Paulo, fué introducido porque no competia ninguna accion civil, puesto que el precario pertenecia mas bien á las donaciones y beneficios que á los contratos (4). El interdicto *de precariô* es *el que compete al que dió la cosa en precario, aunque no sea su dueño, y á sus herederos* (5), *contra el que la tiene en precario, ó por dolo dejó de tenerla, aunque no la hubiera solicitado* (6), *para que se le restituya con sus accesiones*. El heredero del que recibe la cosa en precario, solamente está obligado en el caso de que la tuviere en su poder ó haya dejado de tenerla por dolo; en tanto ha de responder por el dolo del difunto en cuanto le haya sido útil á él (7), lo que se funda en que el heredero no queda obligado sino bajo este concepto en los contratos que no se trasmiten á los sucesores. Este interdicto no es anual, sino perpétuo, porque concediéndose algunas veces el precario por largo tiempo, seria absurdo decir que pasado el año, esto es á veces antes de poder entablarse el interdicto, no tenia el dueño de la cosa remedio para pedirla (8).

Hallando los jurisconsultos mucha semejanza entre el precario y el contrato de comodato, le aplicaron una accion *præscriptis verbis* (9),

---

(1) Ley 1; y § 3, ley 2, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 60 Com. II de las Inst. de Cayo; y ley 20, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(3) §§. inicial, 1 y 2, ley 2, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(4) Ley 14, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(5) Ley 7: principio y §. 1 de la ley 8; y §. 1, ley 12, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(6) §. 2, ley 4; y §. 3, ley 8 del mismo titulo y libro.
(7) §. 8, ley 8 del mismo titulo y libro.
(8) §. 7, ley 8 del mismo titulo y libro.
(9) §. 9, ley 2 del mismo titulo y libro.

que algunas veces es la *condictio incerti* (1) además del interdicto restitutorio de que se ha hecho mencion.

El precario tiene lugar tanto en las cosas corporales muebles ó inmuebles, como en las incorporales (2): no puede consistir en lo que es propio, aun en el caso de que uno haya conseguido por ruegos lo mismo que le pertenece (3). Exceptúase solamente el caso en que la cosa estuviera dada en prenda, porque entonces el precario produciria el efecto de poner al dueño en posesion material de la cosa empeñada, si bien únicamente por el tiempo que fuese del agrado del concedente, cosa no rara, y útil al dueño, como dice Ulpiano (4).

Por último, el que recibe en precario una cosa está obligado á responder de los perjuicios que ocasiona por su culpa lata (5), lo cual dimana de que, pendiendo en un todo de la voluntad del concedente permitir el uso ó revocarlo cuando quiera, se reputa que es muy pequeña la utilidad del que recibe.

3 Prætereâ et is, apud quem res aliqua *deponitur*, *re obligatur* et *actione depositi*, qui et ipse de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur. Sed is ex eô solô tenetur, *si quid dolô* commisserit, culpæ autem nomine, id est, desidiæ atque negligentiæ, non tenetur: itaque securus est, qui parùm diligentèr custoditam rem furtô amisserit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

Aquel en quien se deposita una cosa, queda obligado en virtud de un contrato real y por la accion de depósito, y tiene que restituir la misma cosa que recibe. Mas responde solamente del dolo, pero no de la culpa, esto es, de su incuria y de su negligencia. Asi, no es responsable en el caso de que por falta de diligencia le hayan robado la cosa depositada, porque el que dá para custodiar una cosa á un amigo negligente, debe imputar á su propia imprudencia semejante desgracia. 3

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 5, ley 1, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

Comentario.

Deponitur.—La palabra *depósito*, segun dice Ulpiano, está tomada *ex eò quod ponitur* (6), y aplicándola á la cosa depositada, añade que es lo que se entrega á alguno para que lo custodie. En efecto, comun es tomar la palabra *depósito* en este sentido; mas en el texto

(1) §. 2, ley 19, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 3, ley 2; y ley 3 del mismo título y libro.
(3) §. 3, ley 4 del mismo título y libro.
(4) §. 4, ley 6 del mismo titulo y libro.
(5) §. 3, ley 8 del mismo título y libro.
(6) §. inicial, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.

que comento, alude el contrato mismo en que se entrega la cosa á otro para que la custodie: en esta acepcion paso á definirla. *Depósito es el contrato en que uno entrega á otro determinada cosa mueble para que la custodie, y para que se la devuelva tan luego como se la pida.* Los requisitos esenciales de este contrato son: 1.º que la cosa sea mueble: 2.º que el depositario acepte gratuitamente su cargo: 3.º que se encargue el depositario de la custodia de la cosa: 4.º que la misma cosa que se entregó sea la que se devuelva: 5.º que la devolucion se haga cuando el deponente la reclame.

La etimología que antes he dado á la palabra *depósito*, fundándome en la autoridad de Ulpiano, manifiesta que no puede el contrato consistir más que en las cosas muebles: agrégase á esto que el fin principal del depósito, que es encontrar en poder del depositario la cosa que se ha confiado á su custodia, no tiene lugar en las inmuebles. Cuando estas se ponen bajo la inmediata inspeccion de una persona, habrá un mandato, pero no un depósito. No puede, sin embargo, negarse que á veces en el uso comun la palabra *depósito* es tambien extensiva á las cosas inmuebles; mas el rigor filológico de las voces no lo autoriza.

El depósito, del mismo modo que el comodato, tiene que ser gratuito; si no lo fuera, degeneraria en arrendamiento (1). Mas á pesar de esto, pudiera suceder que sin estipularse merced ó recompensa alguna por el depósito, y por lo tanto sin haber adquirido el depositario derecho para pedirla, quisiera el deponente manifestarle su reconocimiento haciéndole algun agasajo: entonces, aunque no puede decirse que el cuidado que prestó al depositario, queda sin retribuir, como nada hay aquí exigible en el sentido jurídico de la palabra, no se reputará alterada la naturaleza del contrato.

La custodia de la cosa es lo que separa esencialmente este contrato de los demás, y con especialidad del comodato. De aquí se infiere que el dominio y la posesion civil de la cosa permanecen siempre en el deponente (2), que el depositario no puede usar de ella y que comete un hurto de uso si lo hace (3), á no estar autorizado de un modo expreso ó tácito. Por lo tanto si el que depositó dinero en poder de otro permitiere despues al depositario usar de él, el contrato de depósito se convertirá en otro de mútuo, y el depositario se hará dueño de la cosa, correrá con el peligro de su conservacion ó de su pérdida, y tendrá que devolver otro tanto del mismo género y bondad al antiguo deponente que ha venido á ser un mutuante (4). Cuando se

(1) §§. 8, 9 y 10, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.
(2) §. 1, ley 17, tit. III, lib. XVI del Dig.
(3) §. 6, tit. I, lib. IV de estas Inst.
(4) §. 9, ley 9, tit. I, lib. XII del Dig.

haya hecho el contrato insertando en él desde el principio la cláusula de que el depositario use del depósito como quiera, *uti tibi, si voles,* entonces no se reputará que hay mútuo hasta que la cosa haya sido movida del lugar, porque como dice Ulpiano, no es seguro si llegará ó no el caso de haber mútuo (1), esto es, no se sabe si querrá ó no usar el depositario de la autorizacion que se le dá para convertir en mútuo el depósito. Mas si la cosa depositada no es fungible y se permite el uso de ella al depositario, el depósito entónces se convertirá en un verdadero comodato.

La misma cosa depositada es la que debe ser devuelta, porque el deponente, como queda dicho, permanece siempre dueño de lo depositado, y por lo tanto en el caso que el depósito consista en dinero ó en otra cosa fungible, debe ser devuelto del mismo modo que se recibió, *in specie, non in genere.* Cuando por voluntad de los contrayentes se cambia esta circunstancia, tambien varía la naturaleza del contrato, como se acaba de exponer al hablár de la custodia de la cosa depositada; por eso dice el texto: *de eâ re, quam accepit, restituendâ tenetur.*

He puesto como último requisito de los esenciales en este contrato el de que la cosa se devuelva siempre que la reclame el deponente. Consecuencia de este principio es que el término fijado para la devolucion del depósito solamente aprovecha al deponente, el cual podrá permitir que el depositario le devuelva intempestivamente la cosa; y por el contrario, el depositario, aunque no haya trascurrido el tiempo señalado, no podrá negarse á entregar el depósito cuando lo reclame el deponente (2). Esto se funda en que el depositario no puede tener nunca motivo para prolongar un servicio que es puramente gratuito, á lo que se agrega que el que recibe favores puede renunciar á ellos cuando quiera, más el que los ha ofrecido, no debe, quebrantando la fé prometida, dejarlos de prestar antes del tiempo señalado. La restitucion de la cosa depositada debe hacerse en el lugar en que se halle, cualquiera que haya sido el en que se celebró el contrato, con tal que no medie dolo de parte del depositario (3). Esto debe entenderse siempre que un pacto especial no fije el punto en que debe hacerse la restitucion, porque el lugar en que se ha de devolver no es cosa que pertenece á las circunstancias esenciales del contrato, que son las únicas que no pueden modificarse por la voluntad de los contratantes.

Re obligatur.—La simple convencion de hacer un depósito no es

---

(1) Ley 10, tít. I, lib. XII del Dig.
(2) §§. 45 y 46, ley 1, tít. III, lib. XVI del Dig.
(3) §. 1, y ley 12, tít. III, lib. XVI del Dig.

depósito; podrá ser en su caso una estipulacion. El contrato de depósito solamente existe cuando se entrega la cosa depositada.

Actione depositi.—Del contrato de depósito, como de todos aquellos que pertenecen á la clase de bilaterales imperfectos ó intermedios, nacen dos acciones; una inmediatamente que se celebra el contrato, porque entonces tiene orígen la obligacion del depositario, y otra por hechos posteriores, *ex postfactô*, cuando por circunstancias ocurridas despues, tambien queda obligado el deponente: la primera es la *directa*, la segunda *contraria*. La *accion directa de depósito* es *la que corresponde al deponente y sus herederos* (1) *contra el depositario y los suyos* (2) *para que les restituyan la cosa depositada con todas sus accesiones, y para que les indemnicen de las pérdidas que les hayan ocasionado por dolo ó culpa lata*. La obligacion de restituir es tan fuerte que no podrá el depositario libertarse de ella diciendo que el deponente no tiene ningun derecho á la cosa; y llega hasta tal punto que aun al pirata y al ladron debe restituirse lo que depositaron (3), á no ser que con ellos concurra el dueño, en cuyo caso á este deberá hacerse la restitucion (4). Cuando son muchos los deponentes, si la cosa es divisible, á cada uno respectivamente por su porcion corresponde la accion directa de depósito (5). Cuando, siendo uno solo el deponente, son varios los depositarios, cada uno de estos podrá ser reconvenido por la totalidad (6), pero los herederos de los depositarios solo estarán obligados en la parte que respectivamente hayan recibido (7). *La accion contraria de depósito* es *la que corresponde al depositario y á sus herederos contra el deponente y los suyos, para que les indemnicen de los gastos hechos en la conservacion de la cosa y de las pérdidas causadas por los vicios que el deponente no hizo oportunamente conocer* (8). Esta accion nace del principio que aconseja que en los contratos reine la mayor equidad, y mucho más en uno que ninguna utilidad reporta al depositario: por esto dice Pomponio (9) si se hubiere hecho un depósito en Asia para que se restituya en Roma, se entiende implícitamente que se ha convenido que los gastos sean por cuenta del deponente y no por la del depositario.

---

(1) §. 19, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.
(2) §. 1, ley 7 del mismo título y libro.
(3) §. 39, ley 1, del mismo título y libro.
(4) §. 1, ley 31 del mismo título y libro.
(5) §. 44, ley 1 del mismo título y libro.
(6) §. 43, ley 1 del mismo título y libro.
(7) §. 1, ley 7; y ley 9 del mismo título y libro.
(8) §. inicial, ley 5 del mismo título y libro.
(9) §. inicial, ley 12 del mismo título y libro.

Si quid dolô.—Toda la utilidad del depósito recae en el deponente; justo es por lo tanto que el depositario no responda más que del dolo, como advierte Ulpiano (1), razon que podia haber añadido el Emperador Justiniano á la que dá en este texto, cuando dice que debe imputarse el deponente la falta de no haber elegido otro depositario más cuidadoso. Bajo la denominacion de *dolo* se comprende aquí igualmente la culpa lata que los jurisconsultos equiparan al dolo. Más el depositario tendria tambien que responder de la culpa leve cuando así lo hubiese convenido expresamente, porque esta circunstancia, como natural al contrato, puede variarse por la voluntad de los contrayentes. Tambien prestará la culpa leve si voluntariamente se presentara á recibir el depósito (2), porque su espontaneidad le obliga á mayores cuidados, al paso que puede ser causa de que no se busque otro depositario mas diligente.

Al concluir la explicacion de este párrafo debo hacerme cargo del depósito llamado *miserable*, para distinguirlo del *simple, comun* ú *ordinario*. Dáse este nombre al *depósito que se hace por consecuencia de un incendio, ruina, naufragio ú otra calamidad pública ó privada*. Rígese por las mismas reglas que el depósito comun, si bien en algunas ocasiones las leyes le dispensan proteccion mayor, como oportunamente se dirá, lo cual proviene de que el deponente en las tristes circunstancias que le rodean, no tiene espacio ni oportunidad para elegir la persona del depositario, y por otra parte, de que el depositario que en este caso abusa de su cargo, comete una falta mayor aumentando aflicciones al afligido.

Del secuestro.

El *secuestro* es una clase particular de depósito, por lo que creo oportuno hablar de él en este lugar. Puede ser definido: *depósito hecho para la conservacion de un derecho, ó para la ejecucion de una sentencia* (3). Es *voluntario ó necesario*: llámase *voluntario* aquel en que convienen los que tienen opuestas pretensiones á una misma cosa (4): *necesario* es el que se hace en virtud de decreto judicial con justa causa (5). He dicho que para el depósito judicial debe intervenir justa causa, porque siendo el principio general que no pueden ser depositadas las cosas sin voluntad de su dueño, es necesario

(1) §. 2, ley 5, tít. VI, lib. XIII del Dig.
(2) §. 2, ley 5 del mismo título y libro.
(3) Ley 110, tit. XVI, lib. L del Dig.
(4) Ley única, tít. IV, lib. IV del Cód.
(5) §. 2, ley 7, tit. VIII, lib. II; y §. 3, ley 21, tit. I, lib. XLIX del Dig.

que haya motivos bastante poderosos para la infraccion de la regla: á estas causas pertenecen, por ejemplo, el peligro de las dilapidaciones ó el temor de que vengan á las manos los que respectivamente se creen dueños de alguna cosa. En rigor no puede decirse que este depósito hecho por la autoridad judicial pertenece á la clase de contratos: dásele sin embargo algunas veces el nombre de *depósito* (1), ya por ser conforme á la etimología de la palabra, ya porque las obligaciones del depositario y á su vez las de los dueños de las cosas depositadas son las mismas que en el depósito convencional. Ni es necesario precisamente que las cosas tengan carácter de litigiosas para que haya lugar al secuestro judicial, aunque es lo mas ordinario. verificase tambien en las no litigiosas, como cuando el marido empieza á disipar la dote (2). No solo las cosas muebles sino tambien las inmuebles estan sujetas al secuestro, si bien en este caso mas que depósito, será la administracion de la cosa lo que se confiará á la persona nombrada para su custodia. Del secuestro nacen tambien dos acciones una directa y otra contraria, que se llaman *actiones depositi sequestrariæ* (3); *la accion secuestraria directa de depósito* se da no á ambos deponentes, sino solo *al vencedor y á sus herederos contra aquel á quien se confió la cosa y contra sus herederos para que la restituyan con todas sus accesiones* (4): si el litigio no llegara á su término, no será esta accion la que competa, sino la *præscriptis verbis* (5); pero si al tiempo de hacerse el secuestro hubiera habido una convencion entre las partes, esta deberá observarse escrupulosamente. (6). La *accion secuestraria contraria de depósito* se dá, como todas las de esta clase, para indemnidad.

4 Creditor quoquè, qui *pignus* accepit, re obligatur, qui et ipse *de eâ re* quam accepit, *restituendâ* tenetur *actione pigneratitia* (*a*). Sed quia pignus utriusque gratiâ datur, et debitoris, quò magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quò magis ei in tutô sit creditum, placuit sufficere, quod *ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet*: quam si præstiterit, et aliquô fortuitu casu rem amiserit,

El acreedor que ha recibido una prenda, queda tambien obligado en virtud de un contrato real, y puede ser compelido por la accion pigneraticia á restituir la cosa que recibió (*a*). Mas como la prenda se da en interés de ambos contrayentes, en el del deudor porque así le es mas fácil encontrar dinero, y en el del acreedor para tener mas garantido su crédito, está decidido ser suficiente que el acreedor emplee 4

(1) §. 2, ley 7, tít. VIII, lib. II; y ley 17, tít. III, lib. XVI del Dig.
(2) §. 8, ley 22, tít. III, lib. XXIV del Dig.
(3) §. 2, ley 12, tit. III, lib. XVI del Dig.
(4) Dicho §. 2.
(5) §. 3, ley 9, tít. III, lib. IV del Dig.
(6) Ley 5, tít. XXXIV, lib. IV del Cód.

securum esse, nec impediri creditum petere (*b*).

en la custodia de la prenda un grande cuidado: mas si á pesar de esto, pierde la cosa por un caso fortuito, estará libre de toda responsabilidad y no quedará privado de poder reclamar su crédito (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 6, ley 1, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

(*b*) Conforme con una constitucion de Alejandro Severo. (Ley 5, tít. XXIV, lib. IV del Cód.

Comentario.

Pignus.—La palabra *pignus*, segun dice Cayo (1), viene *à pugnô*, porque las cosas dadas en prenda se entregan con la mano, y por esto añade el mismo jurisconsulto que puede parecer cierto lo que algunos piensan de que solo las cosas muebles se comprenden propiamente bajo la palabra prenda, *pignus*: mas en el derecho á veces no se toma en este sentido riguroso, sino que es tambien extensiva á las cosas inmuebles (2). No siempre la palabra *pignus* hace relacion á la misma cosa que se entrega en seguridad de un crédito (3); sirve asimismo para designar el derecho *en* la cosa que resulta á favor del acreedor (4), y por último, el contrato real de que habla el texto que comento (5).

Prenda en este último sentido es *el contrato en virtud del cual uno entrega á otro una cosa en seguridad de cierta deuda*: sus circunstancias esenciales son: 1.ª la entrega de una cosa: 2.ª que esta entrega se haga en seguridad de una deuda. Faltando alguno de ambos requisitos no habrá contrato de prenda: por esto si el que recibe en préstamo dinero promete, aunque sea con la fórmula solemne de la estipulacion, dar una cosa en seguridad de la deuda, no habrá contrato de prenda sino una promesa de constituirlo; el contrato de prenda no existirá hasta que realmente se verifique la entrega prometida, así tampoco habrá contrato de prenda si la cosa se da á otro, no para que le sirva de garantía, sino para que adquiera su dominio.

De eâ re restituendâ.—En el contrato de prenda, del mismo modo que en el comodato y en el depósito, debe restituirse la misma cosa

---

(1) §. 2, ley 238, tít. XVI, lib. L del Dig.

(2) Leyes, 34 y 39, tít. VII, lib. XIII: §. 1, ley 11; y ley 31, tít. I, lib. XXX del Dig.

(3) §. 7, tít. VI. lib. IV de estas Inst.

(4) Títulos IV y VI, lib. XX del Dig.

(5) Ley 1, tít. XIV, lib. XI; y §. 2, ley 5, tít. VI, lib. XIII del Dig.

que se entregó, y no como en el mútuo, otra de la misma naturaleza y bondad.

Actione pigneratitiâ.—La prenda, tan luego como se entrega, produce en el que la recibe la obligacion de restituirla, pagada que sea la deuda para cuya garantía se dió; pero tambien puede acontecer que el que la entregó, quede á su vez obligado por un hecho posterior al contrato, como sucederá, por ejemplo, si tiene que hacer algunos gastos indispensables para la conservacion de la cosa. La prenda por lo tanto, como todos los contratos bilaterales imperfectos ó intermedios, produce dos acciones, directa la una y contraria la otra. La *accion pigneraticia directa* es *la que corresponde al que dió la cosa en prenda y á sus herederos contra el que la recibió y los suyos para que se les restituya la cosa dada en garantía, con todas sus accesiones.* De esta definicion y de la naturaleza del contrato se infiere que en tanto puede tener lugar la accion pigneraticia directa, en cuanto el acreedor esté completamente pagado, ó satisfecho de cualquier otro modo, por ejemplo, si voluntariamente ha recibido otras prendas ó fiadores, ó en fin, si ha prometido simplemente devolver la prenda (1). Lo mismo debe entenderse en el caso de que el acreedor haya sido la causa de que la solucion no se haya hecho oportunamente (2).

No debe confundirse la accion pigneraticia con la accion hipotecaria, de que se hablará en otro lugar (3); diferéncianse por su fundamento, por su naturaleza, por su objeto, por las personas á quienes y contra quienes corresponden, y por el tiempo en que respectivamente pueden entablarse. La accion pigneraticia nace de un contrato, es, decir de un derecho *á* la cosa: la accion hipotecaria, por el contrario, nace de un derecho *en* la cosa, esto es, de la prenda ó de la hipoteca, no cuando se consideran con relacion al contrato, sino como un derecho real ya constituido. De esta diferencia dimana que al paso que la accion pigneraticia es personal y compete contra la persona que nos está obligada, la hipotecaria por el contrario, como real, se dirige contra cualquiera que posea la cosa. La accion hipotecaria corresponde al acreedor para obtener lo dado en prenda ó hipoteca en el caso que sea poseido por otro: la pigneraticia corresponde al que dió la cosa en prenda, contra el que la recibió para que se la restituya; por último, la accion pigneraticia comienza en el mismo momento en que concluye la hipotecaria, puesto que, segun se ha dicho, solamente tiene lugar despues de pagada la deu-

---

(1) §. 3, Ley 9, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(2) §. 2, ley 20 del mismo título y libro.
(3) En el §. 8, tit. VI, lib. IV de estas Inst.

da, y como por el pago queda disuelto el derecho del acreedor sobre la prenda, es claro que desde entonces no puede entablar la accion que tenia para pedir como hipotecada ó dada en prenda una cosa que ya no lo está. *La accion pigneraticia contraria* es *la que compete al acreedor y á sus herederos contra el deudor y los suyos para que les indemnicen de los daños que les ha ocasionado la cosa, aunque sean por culpa leve del deudor, y de los gastos necesarios ó útiles hechos para su conservacion.* Por lo tanto si el deudor dió al acreedor una cosa que era agena ó que estaba hipotecada á otro, y de resultas de esto el que la recibió, hubiere sido perturbado en su posesion, deberá ser indemnizado por razon de los daños que se le originen (1).

Ad rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet.—El acreedor responde de la culpa leve en abstracto y de la custodia, es decir, de todo menos de los casos fortuitos. No diria mas, si al dar Justiniano la razon en que se apoya la prestacion de culpa en este contrato, no hubiera puesto algunas palabras que pudieran parecer á algunos adecuadas para sostener la antigua teoría de la culpa levísima. Dícese en el texto que basta prestar la culpa leve en abstracto, porque la prenda se entrega en utilidad de ambos contrayentes; á lo que parece que debia ser consiguiente, que si fuera en utilidad de uno solo, estuviera este obligado á prestar mayor diligencia. Absurdo seria considerar este texto aisladamente de todos los demás; examinándolos en conjunto dan por resultado que es inadmisible semejante deduccion; basta para probarlo observar que hay otros diferentes lugares en el derecho (2) que asimilan la resposabilidad del comodatario, persona en cuyo favor esclusivamente se ha celebrado el contrato, á la del acreedor pigneraticio.

De los derechos de prenda é hipoteca.

En el párrafo que antecede se ha hablado de la prenda únicamente bajo el aspecto de contrato, no como un derecho en la cosa que viene á limitar la disposicion libre del dueño. Bajo este punto de vista voy á considerarla ahora, lo mismo que á la hipoteca que se rige por iguales disposiciones del derecho. Conozco que me separo del método del Emperador, que habla en este Libro de la prenda, solamente en concepto de contrato; mas como uno de los efectos del contrato es el de-

(1) §. inicial, ley 9; §. 1, ley 16; y §. 1, ley 36, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(2) §. 1, ley 13, tit. VII, lib XIII; ley 3, tit. VI, lib XVIII; y ley 23, tit. XVIII, libro L del Digesto.

recho en la cosa de que voy á tratar, y por otra no se me presentará ocasion mas á propósito para examinar esta materia, creo que se halla bastantemente justificada esta deviacion en una obra exegética.

El *derecho de prenda é hipoteca es el que tiene constituido un acreedor en cosa agena para seguridad de su crédito.* Diferéncianse las palabras *prenda*, *pignus*, é *hipoteca*, en que el acreedor obtiene en la prenda la posesion material de la cosa que es objeto de su derecho, lo que no sucede en la hipoteca; mas en una y otra rigen los mismos principios (1). Para evitar complicaciones hablaré por regla general de la hipoteca, siendo extensivo lo que de ella diga, á la prenda.

Los derechos de prenda é hipoteca suponen siempre una obligacion á que estan afectos (2). Mas no es necesario que la obligacion á que sirvan de garantía, sea civil, esto es, que pueda el deudor ser compelido eficazmente á su cumplimiento; basta que sea natural, y en esto tienen semejanza los derechos de prenda é hipoteca con las fianzas.

Pueden ser objeto de prenda é hipoteca todas las cosas muebles, ó inmuebles, capaces de enagenacion (3), y tambien las incorporales, en los términos que paso á exponer.

Las servidumbres prediales ya constituidas no pueden ser por sí mismas objeto de una hipoteca: la razon es muy sencilla. Con la hipoteca se trata en último resultado de garantir al acreedor vendiendo la cosa hipotecada; y como la venta de la servidumbre predial no puede ejecutarse sin la del predio dominante, es claro que la hipoteca de la servidumbre no sirve para producir el fin que se ha propuesto la legislacion en las hipotecas. Pero no hay duda ninguna de que hipotecado el predio dominante, pueden serlo tambien las servidumbres (4).

No es tan uniforme la doctrina respecto á las servidumbres personales. Todas ellas son capaces de hipoteca (5) menos el uso, porque este, como en su lugar queda expuesto, no puede ser enagenado: mas debe entenderse que por la hipoteca solo adquiere el acreedor el derecho de sacar él sus ventajas, ó de que se enagenen estas en el caso de que no se le pague: porque las mismas servidumbres permanecen siempre en cabeza del deudor, de cuya existencia depende que duren ó se estingan, en los términos que manifesté al tratar de las servidumbres personales.

(1) §. 7. tit. VI, lib. IV de estas Inst.
(2) Leyes 5 y 25, tít. I, lib. XX del Dig.
(3) §. 1, ley 9, tit. I, lib. XX del Dig.
(4) Ley 16, tit. I, lib. VIII del Dig.
(5) §. 2, ley 11; y §. inicial, ley 15, tit I, lib. XX del Dig.

Los derechos de enfiteusis y de superficie no pueden ser hipotecados en concepto de tales, pero sí las cosas que son objeto de estos derechos por el tiempo de su duracion (1).

Tambien pueden hipotecarse los créditos. En este caso el acreedor hipotecario, si no consigue ser pagado, tiene el derecho ó de intentar en su propio nombre la accion útil, ó de pedir la enagenacion del crédito hipotecado. Si el acreedor hipotecario recibe el pago del crédito que consista en cantidad de dinero, podrá retenerlo hasta donde alcance el importe de lo que se le debe; mas si fuere otra cosa corporal, la recibirá por el contrario como prenda, de modo que en este caso la cosa vendrá á ocupar el lugar que tenia el antiguo crédito hipotecado (2).

Puede sub-hipotecarse la cosa que está ya dada en prenda ó hipoteca (3). Mas como al antiguo acreedor hipotecario no es dado traspasar á aquel á quien sub-hipoteca la cosa mas derechos que los que él mismo tiene, es claro que si el deudor primitivo satisface la deuda, desaparece la sub-hipoteca. Debe advertirse que esta deja subsistente la hipoteca del primer crédito.

Réstame hablar aquí ligeramente de otro punto interesante, á saber: si pueden ó no constituirse nuevas servidumbres prediales á título de hipoteca. El jurisconsulto Marciano (4) resuelve esta cuestion negativamente respecto á las servidumbres de predios urbanos, y Paulo (5), siguiendo á Pomponio, en sentido afirmativo respecto á las servidumbres de predios rústicos. Esto debe entenderse limitado al acreedor que tenga una heredad inmediata, el cual podrá usar de la servidumbre mientras no se le haya pagado; mas si por no haberse satisfecho oportunamente la deuda, se trata de la enagenacion de la servidumbre, esta solo puede recaer en quien tenga un predio vecino, doctrina que no necesita explicacion, puesto que está exactamente ajustada á los principios por que se rige la materia de servidumbres. La diferencia que se hace entre las servidumbres urbanas y rústicas, consiste, á mi modo de entender, en que es mayor el círculo de personas á quienes estas pueden ser enagenadas.

Divídense las hipotecas en *generales* y *especiales*, en *voluntarias* y *necesarias*, en *ordinarias* y *privilegiadas*.

Hipoteca general es la que afecta á todos los bienes del deudor. Antes de Justiniano se limitaba á los bienes presentes, á no ser que tu-

---

(1) §. 2, ley 16, tit. VII, lib. XIII: §. 3, ley 13; y ley 31, tit. I, lib. XX del Dig.
(2) §. inicial, ley 18, tit. VII, lib. XIII; y §. 2, ley 13. tit. I, lib. XX del Dig.
(3) §. 3, ley 14, tit III, lib. XLIV: §. 2, ley 13, tit. I, lib. XX del Dig.; y leyes 1 y 2, tit. XXIII, lib. VIII del Cód.
(4) §. 3, ley 11, tit. I. lib. XX del Dig.
(5) Ley 12 del mismo título y libro.

viese cláusula que la extendiese á los futuros (1); más una constitucion de este Emperador (2) hizo extensiva la hipoteca general á los bienes que en lo sucesivo se adquirieran, lo cual se entiende únicamente desde su adquisicion, porque no puede darse efecto retroactivo á la hipoteca, y menos cuando respecto á los bienes futuros solo tiene el carácter de condicional, y carece por lo tanto de fuerza hasta que se verifica la condicion de que pende. No se comprenden en esta hipoteca general las cosas que no son capaces de enagenacion, y se libertan de ella las que el deudor vende con consentimiento de su acreedor (3): en este último caso, segun decision expresa de Justiniano, si el deudor vuelve á adquirir la cosa que enagenó con consentimiento del acreedor, se establecerá otra vez la hipoteca, pero solo desde el momento de la nueva adquisicion. No se entiende comprendidas en la hipoteca general, cuando esta es objeto de convencion, las cosas de las cuales debe presumirse que los contrayentes no tuvieron voluntad de incluir en ella, como por ejemplo, los vestidos de uso diario, el menaje indispensable de la casa y el lecho cotidiano (4); así lo resolvieron los Emperadores Severo y Antoniano (5).

Hipoteca especial es *la que solo afecta á objetos determinados individualmente y pasa con ellos al que los adquiere* (6). Esta hipoteca especial á veces consiste en parte determinada del patrimonio del deudor (7), y á veces tambien tiene por objeto una universalidad de bienes. En este último caso, si la universalidad consiste en cosas que estan destinadas á un contínuo tráfico, como un almacen, quedan libres de hipoteca las que individualmente se venden (8); á lo que es consiguiente que las que se agregan despues y entran en el almacen á reemplazar á las que salen, estén comprendidas en la hipoteca. Mas esto se entiende mientras la universalidad de cosas permanece en manos del deudor, porque cuando pasa á los herederos, el derecho de hipoteca se extiende á la cosa y á sus productos, pero no á las nuevas adquisiciones, y si el sucesor es singular ni aun á lo que produzcan las cosas que constituyen la universalidad (9). Cuando la universalidad de cosas no forme una unidad, pesará la hipoteca sobre

---

(1) §. 1, ley 15; y §. 2, ley 34, tit. I, lib. XX del Dig.
(2) Ley 9, tit. XVI, lib. VIII del Cód.
(3) Ley 11, tit. XXV, lib. VIII del Cód.
(4) Ley 6, tit. I, lib. XX del Dig.
(5) Ley I, tit. XVI, lib. VIII del Cód.
(6) §. 2, ley 18, tit. VII, lib. XIII del Dig.; y ley 12, tit. XXVII, lib. VIII del Cód.
(7) Ley 1, tit. XLIII, lib. VI del Cód.
(8) §. inicial, ley 34, tit. I, lib. XX del Dig.
(9) §. inicial, ley 13: §. 2, ley 26: §§. inicial y 1, ley 29, tit. I, lib. XX del Dig.; y ley 3, tit. XIV lib. VIII del Cód.

cada uno de los bienes de la universalidad hipotecada y los seguirá en cualquier poseedor á cuyas manos pasen. La hipoteca especial afecta á la cosa con todas sus accesiones; por lo tanto si una heredad hipotecada tiene incremento por aluvion, quedará tan afecta á la hipoteca la parte agregada como la antigua (1).

Suele ocurrir que á la hipoteca general se agregue otra especial: en este caso, si el acreedor no se ha reservado expresamente la eleccion, debe dirigir su accion contra la cosa especialmente hipotecada, y solo contra las otras cuando esta no bastare á cubrir su crédito (2). Si son varias las cosas hipotecadas especialmente y no hay ninguna convencion que limite el derecho del acreedor, puede este elegir la que quiera para obtener el pago de lo que se le debe (3).

Pasemos á las prendas é hipotecas *voluntarias y necesarias*. Llámanse *voluntarias* las *que resultan de la expresion de la voluntad manifestada ó en una convencion, ó en una disposicion testamentaria*. La convencion tiene el nombre de contrato de prenda, segun indica el último párrafo que he comentado, cuando se trata de una cosa que se entrega, y el de pacto de hipoteca cuando no existe tradicion. La disposicion testamentaria estableciendo una prenda ó hipoteca, puede hacerse en favor de un legatario ó de un acreedor del testador, clase de derecho *en* la cosa, que segun Ulpiano (4) debió su introduccion á los Emperadores Septimo Severo y Antonino Caracalla.

Solo pueden establecer la hipoteca convencional los dueños de las cosas hipotecadas ó los que tienen facultades para disponer de ellas, por ejemplo, un procurador con poder bastante (5); no así el mandatario general que no haya sido autorizado expresamente al efecto. El condueño puede hipotecar su parte en la cosa comun (6). Las cosas agenas solo con consentimiento de su dueño pueden hipotecarse (7), ó para el caso en que aquel que las empeña, adquiera su dominio, resultando entonces una hipoteca condicional (8). Pero valdrá la hipoteca y producirá efecto retroactivo si habiendo sido hipotecada la cosa sin conocimiento del dueño, este posteriormente la ratificare (9). Cuando el que hipotecó la cosa agena adquiere despues el dominio de ella, en rigor de derecho la hipoteca no vale, porque se hizo en tiem-

---

(1) §. inicial, ley 16, tít. I, lib. XX del Dig.
(2) Ley 9, tit. XXVII, lib. VIII del Cód.
(3) Ley 8, tit. V, lib. XX del Dig.
(4) §. inicial, ley 26, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(5) Ley 12, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(6) Ley 1, tit. XX, lib. VIII del Cód.
(7) §. 2, ley 5, tit. I, lib. XX del Dig.
(8) §. 7, ley 16, del mismo título y libro.
(9) §. 1, ley 6 del mismo título y libro.

po en que no tenia el deudor el dominio de la cosa; mas consultando á la equidad se concede al acreedor de buena fé la accion hipotecaria util, y al de mala el derecho de retener la cosa si estuviere en su poder (1). No puede decirse con igual seguridad si es válida la prenda ó hipoteca cuando el dueño de la cosa empeñada viene á ser heredero del que la empeñó: discordes están acerca de este punto los intérpretes por la contradiccion que se observa en dos leyes (2); pero la opinion afirmativa me parece la mas probable.

Los contrayentes pueden modificar como gusten los efectos de la hipoteca convencional: así es válido el pacto en que se establece que disfrute el acreedor la cosa en compensacion de los intereses ó hasta la debida concurrencia, de modo que se imputen al capital en la parte que escedan del importe de los réditos. Esto es lo que se llama comunmente pacto *anticreseos* (3).

Por último, para dar una cosa en prenda ó hipoteca es necesario emplear las mismas formalidades que si se tratara de su enagenacion (4).

Llámanse *prendas ó hipotecas necesarias* las *que existen sin la voluntad, ó contra la voluntad de los dueños de las cosas hipotecadas:* lo cual sucede ó por disposicion del magistrado ó por determinacion de la ley. El magistrado constituye este derecho de dos maneras: poniendo al acreedor en la posesion de los bienes del deudor, *missio creditoris in bona debitoris* (5), sin que preceda juicio y sentencia; asi sucede cuando se trata de evitar el perjuicio que puede causar al vecino un edificio ruinoso (6): así, segun queda expuesto en otro lugar, cuando para asegurar la herencia del póstumo, se dá la posesion á la madre; así tambien en el caso de que no comparezca el demandado dentro del término que se le fija para contestar á la demanda (7). Esta prenda se denomina *prenda pretoria, pignus prætorium* (8), á la que Justiniano dió todos los efectos de la prenda voluntaria (9). La otra manera de constituir esta prenda, consiste en llevarse á ejecucion por el pretor la sentencia que ha adquirido autoridad de cosa juzgada, ó lo que ha confesado el deudor, sin necesidad de juicio, prenda

---

(1) Ley 41, tit. VIII, lib. XIII: §. inicial, ley 1, tit I, lib. XX del Dig.; y ley 5, tit. XV, lib. VIII del Cód.

(2) Ley 41, tit. VII, lib. XIII; y ley 22, tit. I, lib. XX del Dig.

(3) Ley 33, tit. VII, lib. XIII: §. 1, ley 11, tit. I, lib. XX del Dig.: leyes 1, 2 y 3, titulo XXIV, lib.IV: ley 2, tit. XXV; y ley 1, tit, XXVIII lib.VIII del Cód.

(4) Leyes 1, 2 y 3, tit. IX, lib. XXVII del Dig.; ley 22, tit. XXXVII, lib. V del Cód.

(5) Ley 26, tit. VII, lib. XIII; y §. 1, ley 3, tit. IX, lib. XXVII del Dig.

(6) Tit. II, lib. XXXIX del Dig.

(7) Ley 2, tit. VI, lib. XLII, del Dig.

(8) Rúbrica y ley 2 del tit. XXI, lib. VIII del Cód.

(9) Ley 2, tit. XXI, lib. VIII del Cód.

introducida en una constitucion del Emperador Antonino Pio, segun dice el jurisconsulto Calistrato (1). A este derecho de prenda se da el nombre de *pignus ex causâ judicati captum*, ò *rei judicatæ pignus captum*, ó *pignoris capio*: los modernos le dan el nombre de *prenda judicial*. La prenda judicial está tambien equiparada en sus efectos á la convencional (2).

Por *determinacion de la ley* se establece algunas veces directamente la hipoteca, y en este caso está aneja al crédito desde el momento que este tiene consistencia. Los romanos decian que entonces la hipoteca se contraia tácitamente, suponiéndola originada de una convencion no expresa, sino sobreentendida (3), y le daban el nombre de *tácita hipoteca* (4): muchos jurisconsultos modernos emplean el de *hipoteca legal*. Las *hipotecas tácitas* son *generales* ó *especiales*, segun afectan á todos ó á determinada parte de los bienes.

Pertenecen á la clase de *hipotecas generales tácitas*:

1.° La que tiene el fisco en los bienes de sus deudores, por los tributos públicos desde que vence el pago (5); en los bienes de sus administradores desde que entran en el ejercicio de su cargo, por los desfalcos que pueden hacer; en los bienes de los que contraen con él hasta cubrir las obligaciones que resulten del contrato (6).

2.° La que compete á los impúberos, menores y locos en los bienes de sus tutores y curadores desde el dia en que estos comenzaron á administrar su cargo, para que no eludan las obligaciones que resulten contra ellos (7). Los pródigos, los enfermos y los ausentes no tienen esta hipoteca legal en los bienes de sus guardadores, ó de los encargados de la administracion de sus bienes.

3.° La que tienen los hijos de un matrimonio anterior para garantir su derecho en las demandas contra su madre como administradora de la tutela, sobre los bienes del marido de esta, derecho que empieza cuando se contraen las segundas nupcias (8).

4.° La de los hijos en los bienes de su padre ó madre para garantía de sus derechos á los lucros nupciales, cuando un cónyuge pasa á segundas nupcias (9).

5.° La que tienen los hijos sobre los bienes del padre que es ad-

---

(1) Ley 31, tit. I, lib. XLII del Dig.
(2) Ley 1, tit. XXII, lib. VIII del Cód.
(3) Ley 3: §. inicial, ley 4; y §. inicial, ley 7, tit. II, lib. XX del Dig.
(4) §. 1, ley, 1, tit. XXII, lib. V del Cód.
(5) §. 2, ley 5, tit. XV, lib L del Dig.; y ley 1, tit. XLVI, lib. IV del Cód.
(6) §. 3, ley 46: §. inicial, ley 47, tit XIV, lib. XLIX del Dig.; y leyes 2 y 3, titulo LXXIII, lib. VII del Cód.
(7) Ley 20, tit. XXXVII: §§. 5 y 6, ley 7, tit. LXX, lib. V del Cód.; y cap. 5 de la nov. 118.
(8) Ley 2, tit. XXXV, lib. V; y ley 6, tit. XV, lib. V del Cód.
(9) §. 2, ley 6; y §. 4, ley 8, tit. IX, lib. V del Cód.

ministrador de lo que aquellos recibieron de su madre ó de sus ascendientes maternos; hipoteca que comienza desde el momento en que el padre se encarga de la administracion.

6.° La del marido por la dote prometida sobre los bienes del que la debe; hipoteca que se constituye desde el dia en que se verifica el matrimonio, si se prometió antes, y desde la promesa, cuando esta fué posterior (1).

7.° La de la mujer y de sus herederos en los bienes del marido ó en los del suegro en su caso, para garantir la restitucion de la dote y su aumento desde el dia en que se celebró el matrimonio, si estaba ya entonces entregada ó aumentada la dote, y en otro caso desde la entrega ó aumento (2).

8.° La que tienen la mujer y sus herederos por la donacion *propter nuptias*, en los bienes del que la prometió (3).

9.° La que corresponde á las mismas personas en los bienes del marido por razon de la administracion de los parafernales, desde el dia en que se encargó de ella (4).

10. La de los que tienen derecho de adquirir lo dejado á un viudo ó á una viuda con la condicion de no volverse á casar, si estos quebrantan la condicion impuesta; en cuyo caso el derecho hipotecario nace en el momento en que se infringe lo dispuesto por el testador (5).

11. La de la iglesia en los bienes del enfitéuta por los deterioros de la cosa dada en enfiteusis, desde el momento en que sucedieron (6).

Pertenecen á la clase de *hipotecas especiales tácitas*:

1.° La del arrendador de un predio urbano para el pago del inquilinato sobre todas aquellas cosas que el inquilino lleva á la finca arrendada, *invecta et illata*, desde el momento en que entran en ella (7).

2.° La de los arrendadores de predios rústicos, bajo cuya denominacion aquí solo se comprenden los destinados al cultivo, en los frutos de la heredad, desde su percepcion (8).

Cuando al mismo tiempo se arriendan dos predios, uno como

---

(1) §. 1, ley 1, tit. XIII, lib. V del Cód.

(2) §. 12, ley 22, tit. III, lib. XXIV del Dig.: ley 30, tit. XII: §§. 1, 13, ley 1, titulo XIII; y ley 10, tit. XVIII, lib. V del Cód.

(3) Cap. 1 de la novela 109.

(4) Ley 11, tit, XIV, lib. V del Cód.

(5) §§. 2, 3, 8 y 9, cap. 44 de la novela 22.

(6) §. 2, cap. 3 de la novela 7.

(7) Leyes 2 y siguientes, tit. II, lib, XX del Dig.: ley 5, tit. LXV, lib. IV; y ley 5, tit. XIII, lib. VIII del Cód.

(8) §. 1, ley 24, tit. II, lib XIX; y §. inicial, ley 7, tit. II, lib. XX del Dig.

accesion del otro y de ellos uno solo produce frutos, debe observarse que si lo que principalmente se ha arrendado es la heredad productiva, los frutos solos serán lo hipotecado, aun en el caso de que se hayan introducido muebles ó efectos en la casa que estaba en la heredad: y por el contrario, si lo que se arrendó principalmente fué una casa que tenia como accesorio un jardin, no se entenderán hipotecados los frutos que este produzca, sino solo las cosas introducidas en la casa (1).

3.° La que tienen los subarrendores de heredades rústicas ó urbanas sobre las cosas nacidas ó introducidas respectivamente, pero sin que por esto se coarte de ningun modo el derecho del primer arrendador (2).

4.° La del que ha prestado dinero expresamente para reconstruir algun edificio, desde que se empieza á reconstruir tanto sobre lo edificado como sobre el solar (3). Esta hipoteca no es extensiva al que dió dinero para reparar la casa ó para edificarla de nuevo, ni al que solo haya dado los materiales ó el trabajo, á no ser en el caso de que medie estipulacion, pero entonces habrá hipoteca especial privilegiada, y no será tácita sino expresa.

5.° La de los pupilos en las cosas compradas con su dinero por el tutor ó por otro á nombre de ellos (4). De esta hipoteca no disfrutan los que han pasado de la pubertad (5): Para que tenga lugar en beneficio de los pupilos es menester que el dinero no haya llegado al tutor ó á otra persona por via de préstamo, porque entonces no tendrá lugar la hipoteca sino en cuanto se haya estipulado.

6.° La de la mujer sobre la cosa dotal que no se le haya restituido, y sobre las cosas adquiridas con el dinero dotal (6).

7.° La de los legatarios y fideicomisarios para seguridad de lo que se les ha dejado, en los bienes que el gravado ha recibido del testador, desde que cede el dia del legado ó del fideicomiso. En el caso de que sean muchos los que tengan que satisfacer la carga, la hipoteca solo afecta á cada uno en proporcion de la parte que él deba pagar (7), aunque no faltan autores que sostienen que en este caso, como en todos los demás, es indivisible la hipoteca, y que no cabe la prorata en proporcion á la parte de cada uno de los gravados.

---

(1) Ley 198, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) §. 5, ley 11, tit. VII, lib. XIII; y §. 1, ley 24, tit. II, lib. XIX del Dig.
(3) Ley 1, tit. II, lib. XX del Dig.
(4) Ley 3, tit IV, lib. XXVII del Dig.; y ley VI, tit. VIII, lib. VII del Cód.
(5) Ley 2, tit. IX, lib. XXVI del Dig.; y ley 3, tit. LI, lib. V del Cód.
(6) Ley 30, tit. XII, lib. V del Cód.
(7) Leyes 1 y 3, tit. XLIII, lib VI del Cód.

La última division de las hipotecas es, segun se dijo, la de *ordinarias* y *privilegiadas*. Ocurre á veces que hay muchos acreedores que tienen derecho de prenda ó hipoteca sobre una misma cosa, cuyo precio en venta no basta para satisfacer á todos. En este caso se hace necesario fijar quién es el preferido. El principio de que el más antiguo en tiempo debe tener la preferencia (1) no es inflexible, puesto que el derecho consigna excepciones que voy á manifestar, siguiendo el mismo órden de prelacion adoptado por las leyes. Este es el siguiente:

1.° El fisco por los tributos atrasados (2) y por sus créditos contra los encargados del mantenimiento y subsistencia de los ejércitos (3).

2.° El que ha prestado dinero para comprar un cargo militar, si bien no será preferido á la mujer que pide su dote sino cuando se haya procurado una escritura suscrita por testigos (4). En el mismo caso se hallan los banqueros, *argentarii*, por su anticipo de dinero respecto á las cosas adquiridas con él, constando la hipoteca por escrito (5).

3.° La mujer por su dote: en concurrencia de dos dotes es preferida la más antigua (6).

4.° Todos los que han prestado dinero para la adquisicion, reconstruccion ó conservacion de la cosa hipotecada, entre los cuales los más antiguos son preferidos á los más modernos (7).

Toda hipoteca que no es privilegiada, corresponde á la clase de ordinarias.

Manifestadas ya las diferentes clases de hipotecas, debo exponer el efecto que producen por regla general, á saber, que si el deudor no satisface á su acreedor al tiempo prefijado, puede este conseguir el pago vendiendo la cosa para cobrar su precio, aunque se le haya satisfecho parte de la deuda (8). La facultad de vender es tan esencial en la prenda ó hipoteca, que en el caso de que conviniesen los contrayentes que no se enagenara la cosa empeñada ó hipotecada, este pacto no tendria fuerza, porque la cosa podria venderse en los términos que diré, lo cual se funda en que de otro modo la hipoteca sería inútil para el acreedor y el pacto contra la naturaleza del con-

---

(1) §§. inicial y 1, ley 11: §. 2, ley 12, tit. IV, lib. XX del Dig.; y ley 8, tit. XVIII, lib. VIII del Código.

(2) Ley 1, tit. XLVI, lib. IV; y ley 3, tit. LXXIII, lib. VII del Cód.

(3) Ley 3, tit. LXIII, lib. XII del Cód.

(4) Cap. 4 de la novela 97.

(5) Cap. 3 de la novela 136.

(6) §. 1, ley 12, tit. XVIII, lib. VIII del Cód.

(7) Leyes 5 y 6, tit. IV, lib. XX del Dig.; y capítulos 3 y 4 de la novela 97.

(8) Ley 6, tit. XVII, lib. VIII del Cód.

trato. Mas el acreedor no puede ser obligado á vender la hipoteca cuando no puede pagarle el que la empeñó. Por esto dice el jurisconsulto Pomponio (1) que si la cosa estuviera empeñada en menos cantidad que lo que puede sacarse por ella en venta y fuese de temer baja en el precio, será preferible al duro medio de obligar al acreedor á que la enagene contra su voluntad, el que el deudor la venda y pague el dinero que debe; para que esto pueda verificarse, el acreedor tendrá necesidad de manifestar la cosa si es mueble, obteniendo del deudor una caucion bastante que le asegure quedar indemnizado. Mas está prohibido pactar que la cosa caiga en comiso por no ser redimida á tiempo, pacto llamado *comisorio*, considerado como usurario y como medio de que un acreedor cruel pueda abusar de la miserable situacion de un deudor desgraciado (2).

No necesita el acreedor acudir al juez para la venta de la prenda (3): solo se exceptúa de esta regla general la hecha en virtud de una sentencia ejecutoriada (4). Debe el acreedor, cuando procede á la venta, ponerlo en conocimiento del deudor, anunciarlo públicamente y observar las dilaciones establecidas por las leyes. Si al constituir la prenda se pactó que no pagando el deudor pudiera el acreedor desde luego vender la cosa empeñada, en el mero hecho de dejar aquel de satisfacer la deuda en el plazo convenido, podrá procederse á la enagenacion (5). Nada dicen las leyes en este caso acerca de poner en conocimiento del deudor la venta que se vá á realizar; pero autores muy respetables sostienen como opinion más humanitaria y segura que debe anunciarse al deudor la enagenacion; de esta manera el acreedor dará muestras de la buena fé con que procede, y apartará de sí toda sospecha de fraude. Si nada se convino sobre la venta de la prenda, con arreglo al antiguo derecho parece que con una denuncia bastaba para que el acreedor pudiese enagenarla (6), más á esto añadió Justiniano que se dejára trascurrir el término de dos años desde el dia en que el aviso habia sido dado ó desde que se hubiera pronunciado la sentencia (7). Por último, si se hubiere convenido en que la prenda no se enagenase, este pacto, que como queda dicho no alcanzaria á producir el resultado convenido, daria lugar á que antes de la venta de la prenda tuvieran que hacerse tres requerimientos al

---

(1) §. inicial, ley 6, tit. VIII, lib. XIII del Dig.
(2) Ley 3, tit. XXXV, lib. VIII del Cód.
(3) Leyes 4 y 9, tit. XXVII lib. VIII del Cód.
(4) Título XXII, lib. VIII del Cód.
(5) §. 1, tit. VIII, lib. II de estas Inst.: §. 3, ley 8, tit. VII, lib. XIII del Dig.; y §. 1, ley 3, tit. XXXIV, lib. VIII del Cód.
(6) Ley 4, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(7) §. 1, ley 3, tit. XXXIII, lib. VIII del Cód.

deudor para que pagara (1): y aun creo que el plazo de los dos años, que ha de trascurrir en el caso anterior despues del requerimiento, debe ser extensivo tambien á este, pues aunque la constitucion de Justiniano que lo introdujo, no lo autoriza en su letra, lo comprende sin duda en su espíritu, porque de lo contrario se daria mayor facilidad para enagenar la cosa al que habia convenido en no venderla, que al que, mas precavido, no puso semejante cláusula. Si no hubiera comprador con condiciones regulares, debe ser adjudicada la cosa al acreedor por el precio que el tribunal crea conveniente, teniendo en este caso el deudor por espacio de dos años el derecho de retraerla (2). Vendida la cosa debe pagarse al acreedor lo que se le deba, y si hubiere algun esceso será para el deudor (3), á no ser que existieren otros acreedores hipotecarios siguientes en órden, en cuyo caso serán pagados con arreglo á su respectiva preferencia (4). Si por el contrario, sucediere que el precio por que se ha vendido la cosa no bastase á cubrir el montante de la deuda, se extinguirá nada mas que parte de ella, quedando subsistente en lo restante (5). El comprador de la prenda adquiere su dominio, en el caso de que el deudor fuera dueño efectivamente, dominio libre de todo derecho de hipoteca menos privilegiada que se extingue en virtud de la venta (6). De los derechos que tiene el acreedor hipotecario para perseguir la prenda ó hipoteca en el caso de que la cosa sea poseida por otro, se tratará oportunamente al hablar de las acciones serviana y cuasi serviana y de los interdictos.

Resta solamente hablar del modo de extinguirse los derechos de prenda é hipoteca. De estos hay algunos que son comunes á todos los demás derechos, y otros que son especiales.

A los modos generales pertenecen:

1.° La extincion de la cosa empeñada ó hipotecada (7). Entiéndese que ha perecido la cosa cuando ha sufrido un cambio tal que no puede volver á su estado primitivo (8); no así su simple variacion (9).

2.° La adquisicion del dominio de la cosa por el que la tenia empeñada ó hipotecada (10), porque es imposible que lo que se posee

---

(1) Ley 4, tit. VII lib. XIII del Dig.
(2) §. 3, ley 15, tit. I, lib. XLII del Dig.: ley 2, tit. XXIII; y §§. 2 y 6, ley 3, título XXXIV, lib. VII del Cód.
(3) §. 2, ley 24; y ley 42, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(4) §. 5, ley 12; y ley 20, tit. IV, lib. XX del Dig.
(5) §. 4, ley 3, tit. XXXIII, lib. VIII del Cód.
(6) Leyes 6 y 7, tit. X, lib. IV del Cód.
(7) §. inicial, ley 8, tit. VI, lib. XX del Dig.
(8) §. 3, ley 18, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(9) §. 2, ley 16, tit. I, lib. XX del Dig.
(10) Ley 29, tit. VII, lib. XIII; y §. inicial, ley 9, tit. VI, lib. XX del Dig.

como propio sirva á su dueño de garantía para asegurar lo que otro le debe.

3.° La extincion del derecho que tiene el deudor en la cosa hipotecada; así sucede cuando constituida la prenda por quien únicamente tiene el dominio revocable, llega el caso de pasar la propiedad de la cosa empeñada á otra persona (1): así tambien se extingue la sub-hipoteca tan luego como se extingue la hipoteca (2).

4.° La conclusion del tiempo por que se constituyó (3).

5.° La renuncia que hace el acreedor de la hipoteca (4), bien sea expresa, bien tácita, como cuando acepta en su lugar otra clase de seguridad (5), ó cuando el acreedor devuelve la prenda al deudor sin que se le pague la deuda (6), ó cuando autoriza expresamente su venta (7); mas en este último caso si la enagenacion no se verifica, subsiste la hipoteca (8).

6.° La cesacion de la accion por prescribirse esta ó por decaer el acreedor del derecho á entablarla (9).

Son modos especiales de extinguirse la hipoteca:

1.° El pago íntegro del crédito en cuya seguridad se constituye (10): lo cual se funda en que, como accesion del contrato á que sirve de garantía, no puede existir despues de cumplido este: mas en el caso de que la obligacion termine solo en parte, subsiste la hipoteca que es indivisible (11), del mismo modo que cuando uno de los herederos paga la parte de deuda que le corresponde, porque segun una constitucion de los Emperadores Severo y Antonino (12), conforme con otra de Diocleciano y Maximiano (13), no puede retirar su parte respectiva de la hipoteca. Si la extincion de la obligacion es solo bajo el aspecto civil y queda subsistente la obligacion natural, no se extingue la hipoteca (14).

2.° La confusion en una misma persona de los caracteres de deudor y acreedor (15), porque en este caso se extingue tambien la obligacion principal de que es accesoria la hipoteca.

---

(1) Ley 31, tít. I, lib. XX; y ley 3, tít. VI, lib. XX del Dig.
(2) §. 2, ley 40, tít. VII, lib. XIII del Dig.
(3) §. inicial, ley 6, tít. VI, lib. XX del Dig.
(4) §, 1, ley 8 del mismo título y libro.
(5) Ley 14 del mismo título y libro.
(6) Ley 7, tít. XXV, lib. VIII del Cód.
(7) §. 1, ley 4; y §. inicial, ley 7, tít. VI, lib. VI del Dig.
(8) §. 6; ley 8; y §. inicial ley 10, tít. VI, lib. XX del Dig.
(9) §. inicial, ley 27, tít. IV, lib. IX del Dig.
(10) §§. 3 y 5, ley 9, tít. VII lib. XIII del Dig.
(11) §. 3 ya citado, ley 9, tít. VII lib. XIII del Dig.; y ley 2 tít. XXVIII, lib. VIII del Cód.
(12) Ley 1, tít. XXX, lib. VIII del Cód.
(13) Ley 2, tít. XXXI, lib. VIII del Cód.
(14) Ley 2, tít. XXX, lib. VIII del Cód.
(15) Ley 75; y §. 2, ley 95, tít. III, lib. XLVI del Dig.

3.° La venta de la prenda hecha por el acreedor conformándose á las leyes (1). Cuando el que hace la venta es el hipotecario mas privilegiado ó el mas antiguo, quedan extinguidas tambien todas las hipotecas posteriores (2). Pero en el caso de que la enagenacion se verifique, no por el acreedor mas preferente en atencion á la calidad ó á la época de su crédito, sino por otro de menos derecho, no se reputará extinguida la hipoteca respecto á los que tenian un derecho mas preeminente.

De los contratos innominados.

Hay además de los contratos, de que se ha hecho mencion, otros que tambien son *reales*. Estos en el derecho romano pertenecen á la clase á que los intérpretes dan el nombre de *innominados*, porque no producen una accion especial. Su objeto es obtener una prestacion en cambio de otra prestacion, y por lo tanto pudieran reducirse todos á la fórmula *præsto ut præstes*: Paulo (3), sin embargo, pone de ellos cuatro especiales; subdivision que no deja de ser útil, porque no siempre producen estas fórmulas los mismos efectos, como habrá ocasion de ver en este mismo lugar. Las fórmulas de Paulo son las siguientes: *Do tibi ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias; doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*. Estas fórmulas son capaces de muy diversas modificaciones, y pueden referirse á omisiones del mismo modo que á hechos. Nace de ellas una accion *præscriptis verbis*, porque como dice Celso (4), cuando para exigir el cumplimiento de una obligacion civil eficaz, faltan acciones de nombres vulgares y usados, debe entablarse la accion *præescriptis verbis*; accion personal que no es peculiar á los contratos reales innominados, sino á otros varios, puesto que, segun nota oportunamente Ulpiano (5), está en la naturaleza de las cosas que sean mas los negocios que las denominaciones. Del hecho de ser reales estos contratos se infiere que no producen obligacion ni accion hasta que por una de las partes haya prestacion de una cosa ó de un hecho (6). En esto se funda una constitucion de los Emperadores Severo y Antonino (7), para declarar que es eficaz el pacto

(1) Título XXIX, lib VIII del Cód.
(2) Ley 1 del mismo título y libro.
(3) §. inicial, ley 5, tit. V, lib. XIX del Dig.
(4) Ley 2 del mismo título y libro.
(5) Ley 4 del mismo título y libro.
(6) §. 2, ley 7, tit. XV, lib. II del Dig.
(7) Ley 1, tit. XIV, lib. V del Cód.

nudo, y que produce accion en el hecho de ser ejecutado por alguna de las partes, lo que equivale á decir que de pacto pasa á ser contrato real innominado.

Tienen los contratos innominados *do ut des* y *do ut facias* cierta singularidad digna de mencionarse. Esta es que hay en ellos lo que los romanos llamaban *jus pœnitendi*, á saber, que el que da una cosa á otro, obligándose el que la recibe á dar ó prestar otra en cambio, mientras el obligado no cumple su compromiso, tiene la eleccion ó bien de exigir el cumplimiento del contrato por la accion *præscriptis verbis* en los términos ya referidos, ó bien separarse del contrato celebrado. Esta alternativa no tiene lugar en los contratos innominados *facio ut des* y *facio ut facias*, porque no pueden dejar de haberse hecho las cosas que realmente han existido (1). El que en uso de su derecho quiere separarse del contrato, puede hacerlo obteniendo lo que habia dado por medio de la condiccion *causâ datâ causa non secutâ* (2), llamada en el Codigo (3) *condictio ob causam datorum*, y alguna vez (4) *ob rem dati*. Esta condicion puede ser definida *la accion que conmpete á aquel que dió alguna cosa por una causa expresa, honesta y futura, pero no seguida, y á sus herederos, contra el que recibió y sus herederos para que le restituyan lo dado con todas sus accesiones*. Consignase en esta definicion que la causa sea expresa, porque de otra manera deberia reputarse como una donacion pura é irrevocable (5). Añádese que la causa ha de ser honesta, porque en el caso de que la obligacion tuviera un objeto ilícito por parte del que recibe, habria lugar no á esta condiccion, sino á la *ob turpem vel injustam causam*. (6). Dícese tambien que la causa ha de ser futura, segun establecen muchas leyes (7), porque lo que se da por una causa pasada, no puede reclamarse aunque la causa sea falsa. Asi el que dió á otro en la persuasion de que le debia algun servicio, por ejemplo, que le habia ayudado en sus negocios, aunque no fuera esto cierto, no podrá reclamar lo dado (8), á no ser la causa falsa una de aquellas que siendo ciertas inducen obligacion, como sucederia si alguno creyéndose obligado por una causa pasada, pagase lo que por error creia deber, pues entonces, segun queda dicho (9), habrá lugar á una con-

---

(1) Ley 37, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) Rúbrica del tit. IV, lib. XII del Dig.
(3) Rúbrica del tit. VI, lib. IV.
(4) Ley 16, tit. IV, lib. XII del Dig.
(5) Ley 53, tit. XVII, lib. L del Dig.
(6) Tit. V, lib. XII del Dig.; y titulos VII y IX, lib. IV del Cód.
(7) Las del tit. IV, lib. XII del Dig.
(8) Ley 52; y § 2, ley 65, tit. VI, lib. XII del Dig
(9) §. 1, tit. XIV, lib. III de estas Inst.

diccion, que no será la de *causâ datâ causâ non secutâ*, sino la *indebiti*.

La condiccion *causâ datâ causâ non secutâ* en rigor no nace de los contratos *do ut des*, *do ut facias*, porque seria extraño suponer que proviene de un contrato la misma accion que tiene por objeto destruirlo; es mas bien resultado de un cuasi-contrato que tiene por fundamento la equidad, segun la cual se presume que aquel que recibió por una causa que no se cumplió, se obliga tácitamente á restituir lo que habia recibido, porque de otro modo quedaria destruido el principio de que no debe enriquecerse uno con daño de otro. Esta condiccion tiene lugar no solo en el caso de que el que recibió la cosa no quiera ó no pueda cumplir el contrato, sino tambien por el mero arrepentimiento del que la dió, aunque su contrario lo repugne (1), con tal que sea estando todavia íntegra la cosa, para que no experimente ningun perjuicio el que es obligado á restituir (2). Lo contrario sucede en los contratos nominados, en los cuales, cuando están cunsumados y aun solamente perfeccionados por uno de los contrayentes, no es lícito al otro separarse de él: la razon de diferencia consiste en que no se reputan perfectos los contratos innominados hasta que media la prestacion de la cosa ó del hecho por ambas partes, y por lo tanto por la del que nada dió no hay mas que un nudo pacto que no le da ninguna accion para tener obligado á si al que dió. Cuando se ha dicho que debe restituirse la cosa con todas sus accesiones, y por lo tanto con los frutos percibidos de la cosa y con los partos de las esclavas (3), no estan comprendidas las usuras, porque la accion de que se trata, como nacida de una obligacion unilateral, es *stricti juris* (4). Si hubiera perecido la cosa que ha de restituirse, procederá dar su estimacion (5).

Entre los contratos innominados hay dos que merecen considerarse atentamente: estos son el estimatorio y el de permuta, á los que consagraré algunas palabras. Llámase contrato estimatorio ó de estimacion á *aquel en que se da á otro una cosa tasada para que la venda, con la condicion de que devuelva la misma cosa ó la estimacion fijada.* Antiguamente habia dudas acerca de si era compra-venta, locacion-conduccion ó mandato. Realmente no podia referirse á ninguna de estas clases de contratos, porque el ser alternativa la obligacion del que recibia la cosa impedia que fuera venta, y el darse la cosa estima-

(1) §. 2, ley 3; y §. inicial, ley 5 y siguientes, tít. IV, lib. XII del Dig.
(2) §§. inicial y 2, ley 5, tít. IV, lib. XII del Dig.
(3) §. 1, ley 7; y ley 12 del mismo título y libro.
(4) Ley 1, tít. V, lib. IV del Cód.
(5) Ley 15, tít. IV, lib XII del Dig.

da era obstáculo para que se reputara como locacion-conduccion ó como mandato. Por esta razon pareció mas acertado el darle una accion peculiar denominada *æstimatoria* (1), de donde recibió su nombre el mismo contrato.

La *accion æstematoria præscriptis verbis*, no solamente puede ser *directa*, sino tambien *contraria*, porque el contrato estimatorio pertenece á la clase de los que son bilaterales imperfectos ó intermedios, por obligarse al principio solo uno de los contrayentes, y por un hecho posterior poderse obligar el otro. La *accion directa* es la *que corresponde al que dió á vender la cosa estimada y á su heredero contra el que la recibió y su heredero, para que le restituya la cosa íntegra ó la estimacion convenida* (2). La *contraria* es *la que corresponde al que recibió la cosa para venderla y á su heredero contra el que se la dió y su heredero, para que le pague la merced si hubiere intervenido, y le indemnice de cualesquiera perjuicios que le haya ocasionado el encargo que recibió.* Al definir la accion contraria he hablado del pago de la merced, porque como dice Paulo (3), la accion estimatoria puede entablarse aun cuando intervenga recompensa; mas debe entenderse que la intervencion de esta es una cosa accidental del contrato, y por lo tanto dependiente de la voluntad de los contrayentes; así es que si no se conviene en ella, no se debe.

Ulpiano (4) sentó como regla general que el peligro de la cosa dada en este contrato correspondia al que la recibió; pero entrando despues mas detenidamente en el exámen de la cuestion adoptó (5) el dictámen de Labeon y de Pomponio, segun los cuales cuando el que entregó la cosa es el que rogó al otro, á él correspondia el peligro, y por el contrario en caso de ser él el rogado; pero si ninguno rogó al otro, sino que ambos consintieron simplemente, el que recibe no deberá prestar sino el dolo y la culpa, bajo cuya última denominacion me parece que debe entenderse la culpa leve *in concretô*, por las razones ya expuestas al desenvolver la teoría de la presentacion de culpas.

La *permuta*, contrato tan semejante al de compra-venta que antiguamente se dudó si eran uno mismo (6), pertenece tambien á la clase de contratos innominados. Puede ser definido *el contrato por el que uno dá una cosa para que el que la recibe le dé otra en que convinieron.* Diferénciase la permuta de la compra y venta principalmente en que en esta se dá una cosa por dinero contante, segun observaré

(1) ℥. inicial, ley 1, tit. III, lib. XIX del Dig.
(2) Dicho ℥. 1.
(3) Ley 2, tít. III, lib. XIX del Dig.
(4) ℥. 1, ley 1 del mismo título y libro.
(5) ℥. 1, ley 17, tít. IV, lib. XIX del Dig.
(6) ℥. 2, tit. XXIII, lib. III de estas Inst.

en su lugar, y en la permuta por la cosa que se entrega se dá otra que no es dinero (1); en que la permuta, como contrato real, se perfecciona con la tradicion, desde la cual toma origen el contrato, al mismo tiempo que la compra-venta, como contrato consensual, queda perfeccionada por el mero consentimiento de los contrayentes (2); en que en la permuta se traspasa el dominio de la cosa aun en el caso de que el que la recibe no haya dado lo que habia prometido (3), lo que no sucede en la compra-venta; y por último, que en la permuta cada uno de los contrayentes responde de ser dueño de lo que dá y de trasferir al otro el dominio, y en la compra-venta solo queda obligado el vendedor á la eviccion cuando el comprador es vencido en juicio y pierde la cosa comprada (4).

De la permuta nace la *accion præscriptis verbis ex permutatu* ó *ex permutatione* (5). Esta es la *accion que corresponde al que dió ya su heredero contra el que recibió y su heredero para que le entregue la cosa prometida ó lo que le interese* (6).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Antes de empezar á comparar particularmente las doctrinas españolas con las romanas que en este título, tanto en el texto como en el comentario, quedan expuestas, conviene hacer algunas indicaciones generales ya relativamente á los contratos nominados é innominados, ya á la prestacion de culpas.

Las leyes de Partidas (7), queriendo arreglar la division de contratos nominados é innominados á los principios romanos, incurrieron en un error, que no es de estrañar atendida la época en que se escribieron: no consideraron la diferencia de unos y otros contratos como enlazada con el sistema escrupuloso de las acciones que debian producir, sino de un modo menos científico, pero mas vulgar, llamando á los contratos *nominados* ó *innominados* segun tenian ó no nombre usual y conocido; doctrina en que no fueron consecuentes siempre, porque colocaron á la permuta, bajo el nombre de *cambio*, entre los contratos

(1) §. 1, ley 5, tít. V, lib. XIX del Dig.
(2) §. 2, ley 1, tít. IV, lib. XIX. del Dig.
(3) Ley 4, tít. LXIV, lib. IV del Cód.
(4) §§. inicial y 3, ley 1, tít. IV, lib. XIX del Dig.
(5) §. 28, tít. VI, lib. IV. de estas Inst.
(6) §. 1, ley 5; y ley 26 tít. V., lib. XIX. del Dig.
(7) Ley 5, tít. VI, Part. V.

innominados (1), del mismo modo que lo hicieron los romanos, aunque estos fueron lógicos en la teoría que habian establecido. Las mismas leyes reconocieron iguales clases de contratos innominados, los cuales pueden reducirse á las fórmulas *doy para que des*, *doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas*, pues aunque las Partidas no ponen expresamente estas fórmulas, los ejemplos de que usan estan perfectamente acomodados á ellas. Mas créase ó no que deba quedar subsistente la nomenclatura de contratos nominados é innominados entre nosotros, necesario es convenir en que no puede tener la misma significacion que en el derecho romano, donde era hija del rigor escrupuloso de sus acciones.

Conformes estan tambien nuestras leyes con las romanas en lo que se refiere á la prestacion del dolo (2) y del caso fortuito (3). No concuerdan del mismo modo en lo que se refiere á la culpa, al menos en el sentido que la he explicado, como mas ajustada al espíritu del derecho romano: admiten por el contrario la teoría de culpas tal como la explicaron los intérpretes antiguos, y las clasifican en lata, leve y levísima, diciendo que la primera es *como necedad* y que tiene semejanza con el engaño; que la leve es pereza ó negligencia, y que la levísima es la falta del cuidado que emplean los hombres de *buen seso* en sus negocios (4), doctrina calcada sobre la inteligencia que la escuela de los glosadores dió al derecho romano. Siguen tambien á los jurisconsultos de esta escuela, estableciendo que cuando la utilidad es de ambos contrayentes se presta la culpa leve, la lata cuando es del que dá, y la levísima cuando es del que recibe (5). Conviene tener muy presente esta diferencia que existe entre uno y otro derecho. Hechas estas consideraciones generales, paso á hablar de cada uno de los contratos que el título comprende. Respecto al préstamo mútuo ó préstamo de consuncion hay una ley (6) que, despues de establecer que la solucion debe hacerse en el dia en que se convino, añade que si no se expresó dia en el contrato, tiene el mutuatario que devolverla cuando quiera el mutuante, ó á los diez dias despues que fué prestada la cosa, término que segun la opinion de nuestros jurisconsultos comienza á correr desde que se pide la restitucion. Mas en los negocios mercantiles, cuando no hay determinacion de tiempo en el mútuo, no puede exigirse su restitucion sin prevenirlo treinta dias ántes (7). En las

(1) Ley 5, tít. VI, Part. V.
(2) Ley 3, tít. XVI; Part. VII; y ley 20, tít. XI., Part. V.
(3) Leyes 2 y 3, tit II: ley 4, tít. III; y ley 39, tít. V, Part. V.
(4) Ley 11, tít. XXXIII, Part. VII.
(5) Ley 2, tít. II, Part. V.
(6) Ley 2, tít. I, Part. V.
(7) Art. 390 del Código de Comercio.

mismas leyes mercantiles (1) está resuelta la cuestion de la alteracion de la moneda: segun ellas cumple el deudor con devolver igual cantidad numérica con arreglo al valor nominal que tenga la moneda cuando se haga la devolucion; mas si el préstamo se hubiere contraido sobre monedas específicamente determinadas con condicion de devolver otras de la misma especie, se cumplirá así por el deudor aun cuando sobrevenga alteracion en el valor nominal de las monedas que recibió. En las demás doctrinas respecto al mútuo simple estan sustancialmente conformes las leyes españolas con las romanas (2).

Nuestro derecho ha mirado con horror por mucho tiempo á los que, aprovechándose de la miseria de sus semejantes, hacian mas dolorosa su situacion exigiéndoles usuras, y han castigado con penas graves á los usureros; piedad lamentable, porque ha hecho mas triste la situacion de los que tenian que acudir á esos hombres de corazon endurecido, que emplean sus capitales en préstamos con réditos excesivos. El Fuero Juzgo (3) y el Fuero Real (4), que tasaron las usuras, fueron corregidos por las Partidas (5) y por las leyes del Ordenamiento de Alcalá, disposiciones que sucesivamente han sido ya modificadas, ya restablecidas por diferentes leyes recopiladas (6). Destruida la parte penal en el nuevo Código, puede decirse que no quedó de las antiguas disposiciones mas que la nulidad del contrato con que se castigaba á los usureros; pero aun esta misma se hallaba muy modificada ya por las leyes modernas, ya por la práctica recibida uniformemente en los tribunales para completarlas. Entre las leyes modernas que habian venido á cambiar las antiguas doctrinas, debe contarse la que permitió á personas destituidas de propia industria imponer sus capitales en los cinco gremios mayores de Madrid recibiendo el interés de un tres ó un dos y medio por ciento (7); las que autorizaban el interés de un seis por ciento entre mercaderes y fabricantes (8); la que permitia el mismo interés en los préstamos de dinero ó géneros apreciados que los comerciantes hacen entre año á los labradores y cosecheros para sostener su industria (9); algunos artículos del Código de comercio (10), y especialmente los que establecen que el rédito

---

(1) Art. 392.
(2) Tit. I, Part. V.
(3) Leyes 8 y 9, tít. V, lib. V.
(4) Ley 6, tit. II, lib. IV.
(5) Ley 58, tít. VI, Part. I; y leyes 31 y 40, tít. XI, Part. V.
(6) Leyes 20, 21, 22 y 23, tít. I, lib. X de la Nov. Rec.
(7) Ley 23 tít. I, lib. X de la Nov. Rec.
(8) Leyes 14, 17, 18 y 21, tít. XIII, lib. X de la Nov. Rec.
(9) Ley 5, tit. VIII, lib. X de la Nov. Rec.
(10) Artículos 388 y 389.

convencional que los comerciantes lleven en sus préstamos no pueda exceder del seis por ciento (1), y que en los casos en que por disposicion legal está obligado el deudor á pagar al acreedor réditos de los valores que tiene en su poder, sean estos tambien del seis por ciento sobre el capital de la deuda (2); la real cédula de creacion del Banco Español de San Fernando (3) que le permite hacer préstamos sobre alhajas de oro y plata al mismo interés ó premio que los descuentos de letras; y por último, otra real determinacion (4) que autoriza al Monte de Piedad de Madrid para que por los préstamos que haga sobre alhajas lleve el interés anual de cinco por ciento pagadero en el acto de desempeñarlas, y que pueda recibir dinero á préstamo con tal que no exceda del mismo interés que lleva por los empeños. En virtud de estas disposiciones, y habiendo ya prevalecido, gracias á los esfuerzos de los economistas, la opinion general de que las antiguas leyes que prohibian la usura, se convertian en último resultado contra aquellos en cuyo favor estaban dictadas, habia nacido una costumbre arraigada á vista, ciencia y paciencia del legislador, y admitida generalmente en los tribunales, que extendia á toda clase de préstamos el interés que entre comerciantes estableció el Código mercantil. Esta costumbre en los últimos tiempos se ha elevado á derecho escrito. La ley de 14 de Marzo de 1856, ha establecido que los contrayentes puedan pactar intereses en toda clase de préstamos mútuos, ya consistan en metálico, ya en otras cosas fungibles, con tal que el pacto conste por escrito. Aunque los intereses vencidos y no pagados no devengan interés durante el término del contrato, concluido este, pueden capitalizarse los líquidos y no satisfechos, y estipular de nuevo réditos sobre el aumento del capital. Ha ido mas adelante esta ley estableciendo que el deudor constituido en mora abone intereses señalando su cuota. El anatocismo ó la usura de las usuras nunca es lícito; así tambien lo dice el Código de comercio (5), el cual admite esta doctrina mientras que, hecha la liquidacion de los intereses, no se incluyan en el nuevo contrato como aumento de capital, ó que, bien de comun acuerdo, bien por una declaracion judicial, se fije el saldo de cuentas incluyendo en él los réditos devengados hasta entonces.

Respecto al contrato de comodato, calcado tambien entre nosotros sobre el derecho romano (6), solo debo observar que las leyes de Partidas le aplican la teoría de prestacion de culpas, ya manifestada como

(1) Art. 398.
(2) Art. 397.
(3) Art. 3 de dicha real cédula dada en 9 de julio de 1829.
(4) Real órden de 8 de Octubre de 1838.
(5) Art. 401.
(6) Tít. II, Part. V.

regla general, y por lo tanto cuando el contrato es solamente en utilidad del comodatario, que es lo mas frecuente, este presta la culpa levísima, la leve cuando la utilidad es de ambos contrayentes, y la lata cuando es solo del comodante (1).

Las leyes de Partidas (2) dividen el depósito en tres clases: en ordinario ó simple, miserable y secuestro, y subdividen el secuestro (3) en voluntario y necesario. Respecto al secuestro establecen (4) que debe devolverse la cosa secuestrada cuando lo disponga el juez que lo ordenó, cuando el pleito se concluya, y cuando convengan los deponentes; pero los jurisconsultos limitan esta última devolucion al caso en que el secuestro sea convencional. Seis casos son los que las mismas leyes (5) señalan para que tenga lugar el secuestro:

1.° Cuando en él convienen los litigantes, que es el secuestro voluntario de que he hablado.

2.° Cuando la cosa litigiosa es mueble, y el demandado persona sospechosa, de quien hay motivo para creer que la destruirá, deteriorará ó mudará de lugar.

3.° Cuando el condenado en sentencia definitiva apela, y es persona que dá lugar á creer que manejará mal la cosa litigada, ó que dilapidará sus frutos.

4.° Cuando el marido malversador de su bienes principia á venir á pobreza, en cuyo caso podrá la mujer obtener del juez que aquel le entregue la dote y todos los bienes que á ella le pertenezcan, ó que se depositen.

5.° Cuando el hijo que habia recibido de uno de sus padres donacion ó dote, fuere preterido por él en el testamento ó desheredado injustamente, en cuyo caso si reclama de un hermano suyo instituido por heredero la parte de la herencia paterna que se le debe, ha de afianzar que llevará lealmente á colacion lo que recibió; si no lo hace, por mandato del juez se secuestrará la parte de bienes que debe heredar, señalándosele un término para que lo verifique; de modo que, si dentro de él da la fianza, se le entregue con frutos la parte de la herencia que reclama, y si no lo hace, se devuelva la cosa secuestrada á su hermano instituido.

6.° Cuando el que estando poseido como esclavo obtiene sentencia declarándole libre, y despues se promueve contienda entre él y el

---

(1) Ley 2, tít. II, Part. V.
(2) Ley 1, tít. III, Part. V.
(3) Ley 2, tít. IX, Part. III.
(4) Ley 5, tít. III, Part. V.
(5) Ley 1. tít. IX, Part. III.

que se reputaba su dueño para saber á cuál de los dos pertenecian algunos bienes.

A estos casos, á que las leyes de Partidas se limitan, deben añadirse otros deducidos ya de diferentes disposiciones legales, ya de la práctica admitida sin contradiccion: así es que siempre que se trata de cumplir una sentencia ejecutoriada en que se condena á alguno al pago de una cantidad, ó de hacer efectivas las costas de un juicio, ó de conseguir por la via ejecutiva el pago de sumas en virtud de documentos que traen aparejada ejecucion, ó de asegurar la condenacion pecuniaria en una causa criminal, se procede al embargo y secuestro de bienes en cantidad bastante á responder de los intereses que se quieren garantir; é igualmente se procede al secuestro cuando se teme que estando en poder de uno de los litigantes la cosa disputada, puedan ambos venir á las manos, ó que, inspirándose mútuamente desconfianza, ninguno quiere que su contrario sea el que administre la cosa litigiosa.

Hállase además establecido que el depósito de las cosas que, apreciándose en el comercio por su peso, número y medida, admiten funcion en otras de su especie, trasmite el dominio y la posesion al depositario sin escepcion alguna (1), y por lo tanto que este viene á convertirse en mutuatario.

Aunque por regla general el depositario solamente responde del dolo y de la culpa lata ó de la leve en los casos que se ha expuesto al hablar del derecho romano (2), está expresamente declarado que si el depósito se hubiere constituido principalmente en utilidad del depositario, debe este indemnizar al deponente no solo de los daños ocurridos en la cosa por la culpa levísima, sino tambien por caso fortuito (3); lo primero tiene esplicacion atendida la teoría de la prestacion de culpas que adoptaron las Partidas; lo segundo está fuera de todo su sistema. En los demás puntos relativos al depósito y secuestro se hallan nuestras leyes conformes con las romanas (4).

Sustancialmente estan tambien conformes respecto á las prendas é hipotecas (5). Hay, sin embargo, algunas cosas especiales en nuestro derecho que merecen considerarse con alguna detencion.

Es opinion comun de nuestros jurisconsultos antiguos, basada en el derecho canónico, que el pacto *anticresis ó anticreseos* no es válido, como que implícitamente lleva envuelto el carácter de usurario. Necesario es confesar que no hay ninguna ley que lo apruebe

---

(1) Ley 2. tit. III, Part. V.
(2) Ley 3 del mismo título y Partida.
(3) Ley 4 del mismo título y Partida.
(4) Tit. IX. Part. III: tit. III, Part. V; y tit. XXV, lib. XI de la Nov. Rec.
(5) Tít. XIII, Part. V.

ni lo repruebe, y que por lo tanto esta cuestion es la misma que la que antes queda tratada al hablar del préstamo con interés. Por esto en los tiempos modernos se vé que los escritores reputan válido el referido pacto, y que la jurisprudencia lo admite, sosteniéndolo solo en la parte en que guardan proporcion los frutos con el interés legal del dinero, y pudiendo el deudor reclamar el esceso ó exigir que se impute en el pago del capital. Sin embargo, este pacto no es muy frecuente, sin duda porque es mas útil al que dá el dinero hacerlo con pacto de retro ó á carta de gracia, por cuyo medio se liberta de que se le susciten cuestiones acerca de si es, ó no, usurario el contrato.

El contrato de prenda y el de hipoteca están confundidos en las leyes de Partidas que á ambos los designan con la palabra *peño* (1) y los basan bajo los mismos principios del derecho romano (2). Mas adelante se hizo ya distincion entre la prenda y la hipoteca.

En el siglo XVI, reinando don Cárlos I y doña Juana, se establecieron registros en que constaron los censos, tributos é imposiciones sobre los bienes inmuebles, con objeto de evitar fraudes y estelionatos en la trasmision de la propiedad raiz (3). Esta medida fué extendida principalmente por D. Cárlos III, que comprendió la necesidad de registrar todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raices gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaron especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos y obras pías, y generalmente todos los que tuvieran hipoteca especial y expresa, ó gravámen con expresion de ellos, ó su liberacion y redencion (4). En los tiempos modernos tuvo todavía mayor ampliacion por diferentes disposiciones fiscales (5).

En todas las disposiciones de que se acaba de hacer indicacion, prevalece el sistema de las hipotecas generales y tácitas al lado de las especiales y expresas, y el de las privilegiadas al lado de las comunes ú ordinarias. Esto daba por resultado que no fuera fácil á los adquirentes de bienes inmuebles, y á los que los admitian en garantía de deudas, conocer la extension de las obligaciones á que estaban afectos, y que corrieran peligro de que, anteponiéndose á ellos otros que tuviesen créditos mas preferentes, se encontraran burlados en lo que de buena fé consideraban adquirido. En ello perdia mucho la propiedad raiz que no

---

(1) Ley 1: tít XIII de la Partida V.
(2) Las leyes del mismo título XIII.
(3) Ley 1, tít. XVI, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 3 del mismo título y libro.
(5) Esto se hizo entre otras muchas disposiciones, principalmente por la Real Instruccion de 20 de Julio de 1830 y Reales decretos de 23 de Mayo de 1845 y de 26 de Noviembre de 1852.

podia menos de desmerecer con tales incertidumbres. Semejante situacion hizo necesario un cambio profundo en la legislacion antigua.

Se ha verificado esto por una ley moderna (1), en que no reconociéndose las hipotecas generales y tácitas, se han reducido todas á especiales y expresas, pero sin disminuir las garantías que las leyes antiguas estatablecieron á favor de las personas que, por su edad, por su posicion en la familia, ó por otras causas, merecian una proteccion mas directa por parte del legislador. El principio de publicidad en todos los casos ha reemplazado al anterior, en que al paso que el registro la daba respecto á las hipotecas voluntarias, no asi en las llamadas legales que permanecian ocultas y se sobreponian con frecuencia á las estipuladas expresamente. Los títulos de adquisicion ó de gravámen de bienes inmuebles solo producen efecto contra tercero, esto es, contra el que no interviene en un acto ó contrato (2), desde la inscripcion en el regisiro correspondiente (3), y lo que no está inscrito, no puede perjudicarle (4). Este principio de la inscripcion y de la publicidad se lleva á todas sus consecuencias indeclinables con tanto rigor, que ni aun se dá preferencia al acreedor, singularmente privilegiado contra el hipotecario que tiene inscrito su crédito (5).

No me propongo aquí descender á explicar este sistema siguiendo su desenvolvimiento, ni aun de un modo sucinto, lo cual no cabe en la índole de la obra: solo indicaré por lo tanto las reglas capitales que la ley establece.

Solo, segun ella, pueden ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales enagenables impuestos sobre los mismos bienes (6). Con cuidadoso esmero señala la ley las cosas que no pueden ser hipotecadas (7), ó las que lo pueden con alguna restriccion (8), la extension que tiene el derecho de hipotecas (9), el derecho en determinados casos de obtener la ampliacion de la hipoteca (10), el modo de hacer que cada finca responda por una cantidad determinada cuando son varias las que se obligan al pago de una misma deuda (11), el carácter de la hipoteca adherida hasta su cancelacion á la finca sobre que grava (12),

(1) Ley de 8 de Febrero de 1861, que empezó á regir en 1.º de Enero de este año de 1863.
(2) Art. 27 de la ley hipotecaria.
(3) Art. 25.
(4) Art. 23.
(5) Art. 24.
(6) Art. 106.
(7) Arts. 108 y 109.
(8) Art. 107.
(9) Arts. 111 al 114.
(10) Arts. 115 y 116.
(11) Arts. 120 y 121.
(12) Arts. 122 al 125.

la forma de hacer efectivo el crédito hipotecario (1), el término por que prescribe la accion hipotecaria, que es el de veinte años contados desde que puede ejercitarse con arreglo al título inscrito (2), y por último todo cuanto se refiere á esta importantísima materia. En la misma ley se ordena que los títulos en que se constituyan, reconozcan, modifiquen ó extingan las hipotecas, estén consignados en escritura pública (3), y señala qué bienes se reputan inmuebles para sus efectos (4).

A las divisiones antiguas de hipotecas generales y especiales, expresas y tácitas, legales, convencionales y judiciales, y privilegiadas y no privilegiadas, ha sustituido una sola: la de voluntarias y legales (5). Despues de establecer las reglas á que estan sujetas las hipotecas voluntarias (6), trata de las legales. Mas esta denominacion de *legales* no tienen ya la significacion antigua, segun la cual se entendian tácitamente gravados por el ministerio solo de la ley, todos los bienes de una persona ó algunos determinados á la responsabilidad de obligaciones contraidas, sino que quiere decir que las personas á cuyo favor la ley las establece, tienen el derecho de exigir la constitucion de una hipoteca especial que sea bastante para la garantía de su derecho (7). La ley establece esta hipoteca legal (8):

1.° En favor de las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos;

Por las dotes que les hayan sido entregadas solemnemente bajo fé de escribano;

Por las arras ó donaciones que los mismos maridos les hayan ofrecido dentro de los límites de la ley;

Por los parafernales que, con la solemnidad anteriormente dicha, hayan entregado á sus maridos;

Por cualesquiera otros bienes que las mujeres hayan aportado al matrimonio y entregado á sus maridos con la misma solemnidad.

2.° En favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, por los que estos deban reservarles, segun las leyes, y por los de su peculio.

3.° En favor de los hijos del primer matrimonio, sobre los bienes de su padrastro, por los que la madre haya administrado ó administre, ó por los que deba reservarles.

---

(1) Arts. 127 al 133.
(2) Art. 134.
(3) Art. 3.
(4) Art. 4.
(5) Art. 137.
(6) En la seccion 2.ª del título V.
(7) Art. 158.
(8) Art. 168.

4.° En favor de los menores ó incapacitados, sobre los bienes de sus tutores ó curadores, por los que estos hayan recibido de ellos, y por la responsabilidad en que incurrieren.

5.° En favor del Estado, de las provincias y de los pueblos:

Sobre los bienes de los que contraen con ellos ó administran sus intereses, por las responsabilidades que contrajeren con arreglo á derecho;

Sobre los bienes de los contribuyentes, por el importe de una anualidad vencida, y no pagada de los impuestos que gravitan sobre ellos.

6.° En favor de los aseguradores, sobre los bienes asegurados, por los premios del seguro de dos años, y si fuere el seguro mútuo, por los dos últimos dividendos que se hubieren hecho.

Establece la ley muy diligentemente estas diferentes clases de hipoteca legal, los derechos de los que pueden pedir la constitucion de la especial, el deber que tienen otros de exigirla, las obligaciones de los que han de prestarla, la manera de hacerla efectiva, y todo cuanto se ha considerado necesario para que esta difícil é importantísima parte del derecho quedara completada. Sin salir de mi propósito no podria detenerme en estos puntos. En la introduccion de la obra ya he manifestado que no entraba en el objeto de estas comparaciones descender á pormenores, por más que tengan muchísima importancia.

En lugar de los antiguos privilegios respecto á hipotecas, hoy rige una sola regla indicada antes: el que escribe primero su hipoteca es preferido á los demás que tengan inscripciones posteriores. El crédito hipotecario no inscripto con relacion al tercero que no ha sido parte en el acto ó contracto, dá un mero derecho personal.

Las llamadas antes hipotecas judiciales, cuyo único objeto era asegurar las consecuencias de un juicio y que realmente no creaban un derecho hipotecario, sino solamente impedian que el deudor, en fraude del acreedor, enagenase las fincas que podian servir para obtener el pago de los créditos, y solo daban preferencia sobre los acreedores posteriores á la inscripcion ó embargo, han tomado el nombre de *anotaciones preventivas* (1); refiérense estas á las leyes de procedimientos, por lo que esta no es ocasion de tratar de ellas. Esta misma denominacion se ha empleado para significar la aseguracion con bienes inmuebles de ciertos derechos reales, que aunque ya tienen existencia, no pueden ser inscriptos, ya por no ser aun definitivos, ya por no conocerse completamente su importancia (2). En la ley se adoptan además prudentes precauciones para hacer el tránsito del antiguo al

(1) Art. 42.
(2) El mismo artículo.

nuevo sistema y salvar todos los derechos legítimamente adquiridos (1).

Bastan estas indicaciones respecto á las hipotecas. Volviendo á la prenda, debo decir que se considera como esencial en ella que tenga facultad de enagenarla aquel á cuyo favor se constituyó, cuando no se le satisfaga la deuda. Si la obligacion tuviera plazo, pasado este, no podrá el acreedor vender la cosa sin avisar antes al deudor, y en su ausencia á su familia, y entonces deberá hacerse la venta en almoneda y devolver al deudor el esceso (2): si no hubiere plazo prefijado para el pago, despues de hacer el acreedor la intimacion al deudor para que redima la cosa, dejará pasar doce dias antes de proceder á la enagenacion; y por último, si se hubiere pactado que no se enagenase la cosa empeñada, esto no será obstáculo para que se venda, pero despues de tres requerimientos y de trascurrir desde el último dos años (3). El mismo acreedor no puede comprar la prenda sin consentimiento de su dueño; pero si despues de sacar esta á pública subasta no saliere comprador, podrá entonces acudir al juez para que se le adjudique, y este deberá hacerlo teniendo en consideracion la cantidad á que asciende la deuda y el valor de la cosa empeñada para que el acreedor, reintegrándose de lo que se le debe, devuelva el esceso, si lo hubiere, ó para que, en el caso de valer la cosa menos que la cantidad á que asciende la deuda, quede al deudor salvo su derecho por la cantidad que hubiere de diferencia (4).

La teoría que he desenvuelto respecto á los contratos que los romanos llamaban innominados, debe tenerse por modificada entre nosotros, al menos en parte, por la célebre ley del Ordenamiento (5), de que ya se ha hecho mencion, en virtud de la que todo pacto serio y deliberado tiene fuerza y produce accion eficaz á favor del que, dispuesto en su caso á cumplirlo, exige el cumplimiento de la otra parte. Por lo tanto el arrepentimiento, *jus pœnitendi*, que, como se ha visto, estaba admitido por derecho romano en los contratos *doy para que des*, *doy para que hagas*, no tiene lugar en el nuestro por la mera voluntad del que dió; pero debe tenerse presente que el que por su parte no ha cumplido ó no está dispuesto á cumplir un contrato, no puede pedir que lo lleve á cabo la contraria, porque en los contratos bilaterales se entiende que cada uno se obliga con la condicion implícita de que aquel con quien contrajo dé ó haga lo que prometió.

(1) En el título XVI.
(2) Ley 41, tit. XIII, Part. V.
(3) Ley 42 del mismo título y Partida.
(4) Ley 44, del mismo título y Partida.
(5) Ley 1, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.

TITULUS XV.

De verborum obligatione.

TITULO XV.

De la obligacion verbal.

Del mismo modo que, segun se ha visto en el título anterior, hay contratos que se perfeccionan por la tradicion de la cosa, así tambien otros tomaban su fuerza entre los romanos de la congruencia y solemnidad de las palabras con que se otorgaban. Esta congruencia y solemnidad de palabras era en ellos la causa de la obligacion, y lo que venia á separarlos de los pactos que, como queda dicho, no producian obligacion civil que ligara á los contrayentes. La obligacion de palabras, á que los romanos llamaron *estipulacion*, era una forma general de contraer las obligaciones, que servia á las veces para preparar otros contratos, por ejemplo, el de mútuo ó el de comodato, porque, segun ya se advirtió, antes de que se entregara la cosa que se habia ofrecido dar por la fórmula solemne de la estipulacion, no se constituia el contrato *real*, sino que solamente habia uno verbal por el que podia ser exigido el cumplimiento del primero; diferencia que no es una mera cuestion de palabra, como algunos quizá creerán al primer golpe de vista, sino que produce tanta diversidad en sus efectos cuanta hay en las consecuencias de cada uno de los contratos referidos.

Antiguamente existian tres clases de contratos verbales: el que los romanos llamaban *dotis dictio*; la promesa que el liberto hacia con juramento á su patrono de prestarle sus servicios, *promissio operarum*, y la *estipulacion*. De la *dictio dotis* se ha hablado ya antes de ahora (1), del mismo modo que de las obras de los libertinos. Estas dos especies de contrato verbal tenian un objeto particular, y quedaban completas tan luego como aquella de las partes que queria obligarse manifestaba su voluntad sin ser interrogada por la otra. Al contrario, la estipulacion era un modo general de obligarse que comprendia toda clase de convenciones lícitas, con cuya fórmula podia tambien prometerse la dote y las obras de los libertos, y que exigia palabras congruentes entre los que estipuban y prometian. La *dotis dictio* no existia ya en tiempo de Justiniano.

(1) Al comentar el §. 3, tit. VII, lib. II de estas Inst.

Verbis obligatio contrahitur *ex interrogatione et responsione*, cum quid dari fierive nobis stipulamur (*a*). Ex quâ duæ proficiscuntur actiones, tàm *condictio*, *si certa sit stipulatu*, quàm *ex stipulatu si incerta* (*b*). Quæ hoc nomine indè utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur (*c*), *fortè à stipite* descendens.

La obligacion verbal se contrae por medio de una pregunta y una respuesta cuando estipulamos que se nos dé ó se nos haga alguna cosa (*a*). De ella nacen dos acciones: la condiccion si la estipulacion tiene por objeto una cosa determinada, y la accion *ex stipulatu* cuando la cosa es indeterminada (*b*). La palabra estipulacion viene de *stipulum*, que entre los antiguos queria decir cosa firme (*c*), cuya raiz probablemente vendrá *à stipite* (tronco).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 7, ley 1, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 24, tít. I, lib. XII del Dig.)
(*c*) Tomado de Paulo. (§. 1, tít. VII, lib. V de sus Sentencias.)

Comentario.

Verbis obligatio.—La obligacion verbal, de que exclusivamente trata Justiniano en las Instituciones, y á que se dá el nombre de *estipulacion*, puede ser definida, *contrato por el que uno preguntando obliga al que le contesta congruentemente á dar ó hacer alguna cosa.*

Ex interrogatione et responsione.—De dos partes consta el contrato llamado *estipulacion*, de la pregunta y de la respuesta: la primera tiene el nombre de *estipulacion*, la segunda el de *promesa, promissio*. De consiguiente, la palabra *estipulacion* en su sentido riguroso no es más que la primera parte del acto (1); pero comunmente se comprende bajo este vocablo el acto entero, es decir, la pregunta y la respuesta (2). Al que pregunta ó estipula se llama *reus stipulandi*; al que responde ó promete *reus promittendi*. El objeto de estas preguntas y respuestas es fijar de una manera séria, clara y deliberada la atencion de las partes sobre el negocio que van á celebrar, reducir á términos breves, rigurosos é indeclinables la obligacion que contrae el promitente, y poner de realce el punto acerca de que ha versado el consentimiento de los contrayentes.

Dari fierive.—Las obligaciones pueden consistir no solo en dar, sino tambien en hacer, si bien estas últimas en el caso de inejecucion por parte del promitente, se convierten en otras de daños y perjuicios, como más adelante habrá ocasion de exponer.

(1) §. único, tít. I, lib. II de las Sentencias de Paulo.
(2) §. 1, ley 5, tít. I, lib. XLV del Dig.

Condictio, si certa sit stipulatio.—Esta es la *condictio certi* de que se ha hablado ya al tratar del mútuo. Para que tuviera lugar en la estipulacion era necesario que fuera cierta y determinada la cosa deducida en ella, ó como dicen Cayo (1) y Ulpiano (2), *quid, quale, quantumque sit.*

Ex stipulatu.—La *condictio incerti* es la que recibe aquí el nombre de accion *ex stipulatu*. Esta denominacion *ex stipulatu* ya se emplea en el derecho para señalar indistintamente toda accion que nace de la estipulacion, bien sea de cosa determinada ó indeterminada, esto es, la condiccion *certi* ó la *incerti*; ya se limita, como en este lugar, á significar la accion que nace de la estipulacion de una cosa indeterminada: de modo que unas veces comprende la condiccion *certi* y la *incerti* (3), y otras se limita solo á la condiccion *incerti*. La razon que hubo para dar frencuentemente el nombre genérico de accion *ex stipulatu* á la condiccion *incerti* que nacia de la estipulacion, y contraponerlo á la palabra *condictio*, consiste quizás en que al principio solamente habia una fórmula para las acciones de derecho estricto, que era la condiccion *certi*, llamada simplemente *condiccion*; vino despues la condiccion *incerti*, y entonces el uso conservó la palabra *condiccion* para la estipulacion de cosa indeterminada y dió á la accion que nacia de la estipulacion de cosa indeterminada el nombre genérico de *ex stipulatu*.

Si incerta.—La incertidumbre puede viciar la estipulacion. Esto sucede siempre que la cosa de que se trata, no tenga límites conocidos, por ejemplo, si alguno estipula que se le dé una heredad sin añadir su nombre, ó granos ó líquidos sin expresar el género, la calidad y la medida (4); mas por el contrario, la estipulacion valdrá cuando la cosa tenga determinacion señalada en la naturaleza, como por ejemplo, un caballo. Debe tenerse aquí presente lo que respecto al legado de cosas determinadas ó indeterminadas queda expuesto en su lugar oportuno (5), porque es aplicable en todas sus partes á la estipulacion.

Fortè à stipite.—Doy á esta palabra la traduccion que me parece más adecuada á la idea que quiso significar aquí el Emperador. Festo dice que *stipes* es una estaca ó palo fuerte hincado en la tierra. El mismo supone que la palabra *estipulacion* tiene otro origen que el de la de *stipes*, y la deriva de la voz *stips*, nombre que tenia una moneda de cobre entre los romanos, de donde vino el que se llamara *stipendium* al sueldo que recibian los soldados.

(1) Ley 74, tit. I, lib. XLV del Dig.
(2) Ley 73, del mismo título y libro.
(3) Ley 42, tit. II, lib. XVII; y §. 6, ley 83, tit. I, lib. XLV del Dig.
(4) Leyes 94 y 95, tit. I, lib, XLV del Dig.
(5) Al comentar el §. 22, tit. XX, lib. II de estas Inst.

Nuestro ilustre compatriota San Isidoro cree que la palabra estipulacion se deriva de la de *stipulâ*, cuya correspondencia en nuestra lengua es la de paja ó caña de las mieses, porque dice que los que se hacian promesas cogian por los extremos una de estas cañas, la rompian, y que, uniéndo despues las mitades, reconocian sus obligaciones. Basta de etimologías.

1 In hâc re olìm talia verba tradita fuerunt: *Spondes? Spondeo*, Promittis? Promitto; Fidepromittis? Fidepromitto; Fidejubes? Fidejubeo; Dabis Dabo; Facies? Faciam. Utrùm autèm Latinâ an Græcâ, vel quâ aliâ linguâ stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicèt, si uterque stipulantium intellectum hujus linguæ habeat; nec necesse est, eâdem linguâ utrumque uti, sed *sufficit, congruentèr* ad interrogatum *respondere*; quin etiam duo Græci Latinâ linguâ obligationem contrahere possunt (*a*). Sed hæc solemnia verba olìm quidèm in usu fuerunt; posteà autem *Leoniana constitutio* lata est quæ, solèmnitate verborum sublatâ, sensum et consonantem intellectum ab utrâque parte solùm considerat, licèt quibuscumque verbis expressus est (*b*).

Antiguamente las palabras empleadas en las estipulaciones eran las siguientes: ¿Ofreces? Ofrezco. ¿Prometes? Prometo; ¿Prometes bajo tu fé? Prometo bajo mi fé; ¿Sales por fiador? Salgo por fiador; Darás? Daré; ¿Harás? Haré. Nada importa que la estipulacion se haga en latin, ó en griego ó en cualquier otro idioma, si ambos contrayentes lo entienden: ni es necesario que los dos usen de una misma lengua, sino que basta que uno responda congruentemente á la pregunta del otro; y, lo que es mas, dos griegos pueden estipular y responder en latin (*a*). Las palabras solemnes estuvieron en uso antiguamente, pero despues el Emperador Leon dió una constitucion en que, suprimiendo la solemnidad de las palabras, exigió solamente que ambas partes tuvieron conocimiento é inteligencia de lo que hacian, cualesquiera que fuesen los términos con que se expresaran (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 92 y 93, Com. III de sus Inst).
(*b*) Esta constitucion es la ley 10, tít. XXXVII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

¿Spondes? Spondeo. — Aunque el texto no hace diferencia entre las varias fórmulas de estipulacion que menciona, sin embargo, Cayo, de quien las tomó Justiniano, dice que la de *dari spondes? spondeo*, era propia de los ciudadanos romanos, es decir, de derecho civil, y que las demás eran de derecho de gentes. De aquí dimanaba, segun advierte el mismo, que no pudiera ser pronunciada la expresada fórmula mas que en latin, al mismo tiempo que las otras, que servian para los contratos de los peregrinos, podian ser

usadas en idioma diferente, con tal que el que estipulaba y el que prometia tuvieran conocimiento de la lengua en que hablaba el otro contratante.

Sufficit congruentèr respondere.—Necesario es, como se infiere del contesto de todo este párrafo, que el estipulante y el promitente oigan y hablen, por lo que ni el mudo ni el sordo podian estipular ni prometer como mas adelante (1) dice el Emperador Justiniano.

Leoniana constitutio.—La constitucion del Emperador Leon suprimió solamente la solemnidad de las palabras, pero quedó subsistente, sin embargo, el principio de que las palabras eran la causa de la obligacion, en lo que nada innovó Justiniano, á pesar de que no faltan algunos que así lo supongan, de lo que hablaré en otro lugar.

Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit.

Toda estipulacion puede ser pura, ó á término, ó bajo condicion.

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. único, *tit.* III, lib. II de sus Sentencias; y ley 44, tit. VII, libro XLIV del Dig.

2 *Purè* veluti, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? *idque confestìm peti potest* (*a*). In diem, cum *adjectó die*, quô pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti, DECEM AUREOS PRIMIS CALENDIS MARTII DARE SPONDES? id autem, quod in diem stipulamur, *statìm* quidèm *debetur*: *sed peti priùs, quàm dies veniat, non potest* (*b*); ac ne eô quidèm ipsô die, in quem stipulatio facta est, peti potest, quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet. Neque enim certum est, eô die, in quem promissum est, datum non esse, priusquàm is prætereat (*c*).

Ejemplo de la estipulacion pura es: ¿Ofreces darme cinco áureos? Y en este caso puede impedirse inmediatamente la cantidad ofrecida (*a*). A término, como cuando se hace añadiendo un dia en el cual deba pagarse lo que se estipula; por ejemplo: ¿Me ofreces dar diez áureos en las primeras calendas de Marzo? Lo que estipulamos para cierto tèrmino se debe al instante, pero no puede pedirse hasta que se cumpla el término prefijado (*b*); y ni aun puede pedirse en el mismo dia señalado, porque este queda entero al arbitrio del deudor, no siendo cierto que haya de cumplirse el contrato en el dia que se estipuló mientras este no haya trascurrido (*c*). 2

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Pomponio. (Ley 14, tít. XVII, lib. L del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 46, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(*c*) Conforme con Papiniano. (§. 2, ley 118, tít. I, lib. XLV del Dig.)

(1) §. 7, tit. XX, lib. III de estas Inst.

Comentario.

Purè.—Al hablar de la institucion de herederos (1) expliqué las palabras *purè, sub conditione* é *in diem* de que habla el texto: por lo tanto solamente me debo limitar aquí á manifestar el modo con que modifican los contratos.

Idque confestim peti potest.—Tambien en otro lugar (2) he hablado de cuando *cede* y cuando *viene el dia*, manifestando que lo que allí decia era igualmente extensivo á las obligaciones. Repetiré aquí que *cede el dia* cuando nace el derecho, y que *viene el dia* cuando el derecho puede ejercitarse. Distintas son las reglas respecto al *ceder* y *venir el dia* en los legados y estipulaciones, y puesto que se ha hablado ya de lo que concierne á los primeros, debo hacerlo ahora por lo que á estas corresponde, advirtiendo que la doctrina que voy á exponer no se limita á las obligaciones verbales, sino que es extensiva á toda clase de contratos. Cuando la estipulacion es pura, el dia cede y viene inmediatamente (3); mas esto no es obstáculo para que se conceda al deudor el tiempo materialmente necesario para el pago, porque como dice Paulo (4), no se supone que él está con el bolsillo preparado.

Adjectô die.—Entiéndese esto del dia cierto, porque el incierto, esto es, aquel que no se sabe si vendrá, ó no, se tiene como condicion segun queda expuesto en otro lugar (5). Mas si fuera incierto no en el sentido de si ha de existir ó no, sino solamente en el de cuándo ha de existir el dia, no se tendrá por condicion, como sucede en la institucion de heredero y en los legados, sino que constituirá una obligacion á término: en prueba de ello está expresamente determinado que en el caso de que uno prometa dar cuando muriere y da en vida, no podrá reclamar lo así dado (6). La diferencia entre los legados y las obligaciones consiste en que en el legado el dia incierto, en el sentido de que se trata, es una verdarera condicion, porque si el legatario muere antes que el testador, no tiene efecto: esto no sucede en la estipulacion, porque como todo contratante contrae para sí y para su heredero, el derecho de exigir la cosa estipulada pasa al sucesor del estipulante.

Statìm debetur: sed peti priùs, quàm dies veniat, non potest.—En las obligaciones á cierto dia, cede este inmediatamente que existe el contrato, y viene tan luego como, por llegar el dia, es exigible su cumplimiento; de modo que la obligacion existe y la solucion se aplaza (7). Consecuencias de esto son que si alguno por error paga

(1) §. 9, tit. XIV, lib. II de estas Inst.
(2) Al comentar el §. 8, tit. XX, lib. II de estas Inst.
(3) §. 1, ley 41, tit. I, lib. XLV; y ley 213, tit. XVI, lib. L del Dig.
(4) Ley 105, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(5) Al comentar el §. 9; tit. XIV, lib. II de estas Inst.
(6) Leyes 17 y 18, tit. VI, lib. XII del Dig.
(7) §. inicial, ley 46, tit. I, lib. XLV del Dig.

antes del término, no puede reclamarlo por la condiccion *indebiti* (1), que la deuda es capaz de novacion (2), y que el deudor tiene derecho de pagar antes de que llegue el dia aun contra la voluntad del acreedor, porque el dia se entiende añadido en beneficio del promitente, no del estipulante (3), y cada uno puede renunciar al beneficio en su favor introducido. Mas si, antes de que llegue el dia, el estipulante reclama lo que, aunque se le deba, no puede pedir, incurrirá sin duda entonces en la *plus peticion*, de que se hablará mas adelante.

3 At si ità stipuleris; DECEM AUREOS ANNUOS, QUOAD VIVAM, DARE SPONDES? et *purè facta obligatio intelligitur et perpetuatur*, quia ad tempus deberi non potest. Sed hæres petendô pacti exceptione submovebitur.

Si estipulares en estos términos: ¿Ofreces dar diez áureos anuales mientras yo viva? la obligacion se entiende hecha puramente y se perpetúa, porque no puede deberse por tiempo. Mas si el heredero del estipulante pidiere al promitente, podria ser rechazado por la escepcion del pacto. 3

ORÍGENES.

Conforme con Juliano (§. 4, ley 56. tit. I, lib. XLIV del Dig.

Comentario.

Aureos annùos.—Indiferente es para este caso que en lugar de decir diez áureos anuales se diga diez áureos en todos los años ó en cada año (4).

Quoàd vivam.—Si se hubiera omitido esta cláusula en la estipulacion de que habla el texto, entonces no concluiria la obligacion por la muerte del estipulante (5).

Purè facta obligatio intelligitur, et perpetuatur.—La primera anualidad inmediatamente puede pedirse sin que se dilate su pago hasta el fin del año que sigue á la estipulacion: la razon es porque la expresion de los años no se ha puesto para diferir el pago, sino para multiplicarlo; y prueba de ello es, que si no se hubieran añadido los años, se entenderia que solo se debia una vez la cantidad prometida. No sucede lo mismo cuando se promete dar cierta cosa una sola vez, y en un año, ó en un mes, en cuyo caso no puede pedirse lo ofrecido hasta que pasen todas las partes del año ó del mes (6), puesto que en las cosas que sin expresion de tiempo se deberian, el término no puede significar mas

(1) Ley 10, tít. VI, lib. XII del Dig.
(2) Leyes 1 y 5, tít. II, lib. XLVI del Dig.
(3) §. 1, ley 41, tít. I, lib. XLV del Dig.
(4) §. 23, ley 8, tít. XV, lib. II; y §. 6, ley 12, tít. II, lib. XXXVI del Dig.
(5) §. 1, ley 16, tít. I, lib. XLV del Dig.
(6) Ley 42, tít. I lib. XLV del Dig.

que el aplazamiento del pago. Lo mismo sucede cuando la obligacion de dar una misma suma se ha dividido en diferentes plazos, porque entonces solamente podrá pedirse cada uno despues de expirado su respectivo término (1).

La obligacion de pagar las demás anualidades, á pesar de tener cumplimiento en períodos determinados, es tambien pura y simple. Esto necesita mayor explicacion. Una obligacion, especialmente cuando por su carácter de derecho estricto es rígida en el fondo y en las formas, no puede tener dos carácteres diferentes, y por lo tanto ni ser pura por una parte y á cierto término por otra. Así en el caso del texto, en que se ofrecen diez áureos anuales mientras viva el estipulante, esto es, por una série de años cuyo tiempo nadie es capaz de fijar de antemano, como no se sabe cuántas anualidades han de vencer, no puede decirse que hay tantas estipulaciones cuantos son los años de la vida del estipulante, sino una sola que, siendo pura y simple por lo que concierne á la primera anualidad, tiene que serlo tambien en todas las sucesivas. Esto significa el texto cuando dice que *se perpetúa* la obligacion, esto es, que continúa durante la vida del estipulante con el mismo carácter que tuvo al principio. No sucedia así en los legados, pues cuando se dejaba uno anual durante la vida del legatario, se reputaba que el primer legado era puro y los demás condicionales (2). A esto aluden los intérpretes cuando enseñan que la estipulacion es una y el legado múltiple. No se trata de una cuestion de palabras, puesto que de ella resultan consecuencias interesantes en el derecho: asi en la estipulacion ánua solo se atiende al principio del contrato por lo que hace á la condicion del estipulante, y por el contrario en el legado á los cambios que en cada año pueda este experimentar: de aquí resulta que si un hijo de familias estipula que se le dé todos los años una cantidad, aunque despues sea emancipado, lo anualmente estipulado será siempre para su padre (3), y en el legado ánuo no sucederá así, sino que cuando salga del poder de su padre, hará en lo sucesivo suyas las anualidades que se devenguen (4). Consecuencia es tambien de este modo diferente de considerar la estipulacion y el legado, que al paso que el último se extingue solamente por ministerio del derecho con la muerte del legatario, porque el testador quiso con él ejercer su benevolencia (5), la estipulacion ánua subsiste en rigor aun despues de la muerte del estipulante, *perpetuatur*, lo cual se funda en que el que contrae lo hace para sí y para su heredero; mas como sería injusto que el heredero del estipulante pu-

---

(1) Ley 40, tit. I, lib. XII del Dig.
(2) Ley 11, tit. I, lib. XXXIII; y ley 10, tit. II, lib. XXXVI del Dig.
(3) §º 7, de la ley 35, tit. VI, lib. XXXIX; y ley 78, tit. I, lib. XLV del Dig.
(4) Ley 11, tit. I, lib. XXXIII; y ley 10, tit. II, lib. XXXVI del Dig.
(5) Leyes 4 y 8, tit. I, lib. XXXIII del Dig.

diera aprovecharse del rigor del derecho contra la voluntad verdadera de los contrayentes, de aquí proviene que, segun dice el texto, pueda ser rechazado con una excepcion perpétua que inutilice para siempre la demanda, *pacti exceptione submovebitur*.

4 *Sub conditione* stipulatio fit, cùm *in aliquem casum differiur obligatio*, ut, si aliquid *factum fuerit, aut non fuerit*, *stipulatio committatur*, veluti: SI TITIUS CONSUL FACTUS FUERIT, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? (*a*). Si quis itá stipuletur, SI IN CAPITOLIUM NON ASCENDERO, DARE SPONDES? perindè erit, *ac si stipulatus* esset, *cum morietur*, dari sibi (*b*). Ex conditionali stipulatione *tantùm spes est, debitum iri, eamque* ipsam *spem transmittimus*, si, priusquàm conditio existat, mors nobis contigerit (*c*).

La estipulacion es condicional cuando la obligacion se subordina á un acontecimiento incierto, de modo que tenga ó no efecto si sucede ó no sucede, por ejemplo: ¿Me ofreces dar cinco áureos si Ticio llegare á ser cónsul? (*a*). Cuando alguno estipula: Si no subo al Capitolio ¿me ofreces dar tal cosa? esto es lo mismo que si hubiese estipulado que se la diese cuando muriera (*b*). De la estipulacion condicional nace solo una esperanza de obligacion, y esta misma esperanza es lo que trasmitimos si antes de que la condicion se verifique, nos sorprende la muerte (*c*). 4

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Scevola. (§ 4, ley 122, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(*b*) Conforme con Papiniano. (§. 1, ley 115, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(*c*) Conforme con Juliano. (Ley 57, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Sub conditione.—En otro lugar, hablando de las últimas voluntades (1), he expuesto y explicado las diferentes clases de condiciones que pueden ponerse así en las últimas voluntades como en los contratos.

In aliquem casum.—Para que la obligacion tenga el carácter de condicional, se necesita que el acontecimiento de que dependa sea futuro é incierto, porque si este se ha verificado ya, como expresa el párrafo sesto del presente título, ó si necesariamente tiene que suceder, podrá únicamente dilatarse el cumplimiento de la obligacion, pero la obligacion quedará existente. Indiferente es para este objeto que la condicion sea potestativa, casual ó mixta (2); mas si la condicion es potestativa, no en el sentido en que acaba de considerarse, esto es, no por parte del estipulante sino del promitente, la estipulacion será inútil (3).

---

(1) §. 9, tít. XIV, lib. II de estas Inst.
(2) §. 1, ley 99: ley 108; y §§. 1 y 2, ley 115, tít. I, lib. XLV del Dig.
(3) Ley 17: §§. 2 y 3, ley 46; y §. 1, ley 108, tít. I, lib. XLV del Dig.

Differtur obligatio.—Solamente cumpliéndose la condicion es cuando el dia de la obligacion *cede*, y por lo tanto nada se debe antes (1). Ni es necesario que esté expresa la condicion; basta que se sobreentienda, como acontece, segun queda dicho, en el caso de que á la estipulacion se ponga un término que no se sabe si ha de llegar, ó cuando hay incertidumbre por razon de las cosas deducidas en el contrato; así sucede cuando se estipulan los frutos de una heredad determinada que aun no han nacido, estipulacion que en sí misma lleva la condicion de que nazcan (2); así sucede tambien con la constitucion de dote, que supone implícita la condicion de que se verifique el matrimonio.

Factum fuerit, aut non fuerit.—Alude á la distincion de condiciones afirmativas ó negativas.

Stipulatio committatur.—Quiere decir que tenga efecto la obligacion por haberse verificado la condicion, de cuya existencia dependia (3).

Ac si stipulatus, cum morietur.—Cuando las condiciones potestativas consisten en no hacer ó en no dar, debe esperarse hasta que de un modo positivo conste que no puede tener cumplimiento la condicion: así el que estipula con la condicion de que no subirá al Capitolio en dos años, no puede pedir sino despues de pasado el referido término (4). Esta es la razon porque en el caso del texto la estipulacion equivale á la que se hiciere para el caso de la muerte, porque hasta entonces no se sabe de un modo positivo si el estipulante subirá, ó no al Capitolio. No tiene aplicacion aquí, como en los legados, la caucion Muciana de que he hablado en otro lugar: es la razon de diferencia que en las estipulaciones se atiende mas al tenor literal de las palabras, y en las últimas voluntades al modo mas favorable de llevar á efecto la intencion del testador. Agrégase á esto que en la estipulacion de que aquí se trata, parece que el objeto del estipulante es no obligarse él mismo, sino obligar á su heredero; mas en las últimas voluntades, cuando se impone al heredero ó al legatario una condicion negativa, no es de creer que el testador se propuso dar pruebas de generosidad á los herederos de los herederos ó de los legatarios, sino á aquellos á que especialmente agració en su testamento, y por lo tanto que los respectivamente llamados deben tener la herencia ó el legado mientras no falten á la condicion impuesta.

Debe advertirse aquí que, aunque el texto equipara la condicion *si in Capitolium non ascendero* con la de *cum moriar* por lo que hace al tiempo en que nace el derecho de pedir, hay sin embargo una gran diferencia entre ambas: la primera es condicional y la segunda

---

(1) Ley 213, tít. XVI, lib. L del Dig.
(2) §. inicial, ley 73, tít. I, lib. XLV del Dig.
(3) §§. 1 y 2, ley 115, tít. I, lib. XLV del Dig.
(4) §. 1, ley 99; y §. 2, ley 115, tít. I, lib. XLV del Dig.

á término, puesto que es dudoso que uno suba ó no suba al Capitolio, pero es cierto que el estipulante ha de morir, aunque no se sepa cuando

Tantùm spes est debitum iri.—Mientras está pendiente la condicion, nada se debe. De aquí dimana que, si en el tiempo intermedio entre la estipulacion y el cumplimiento de la condicion se pagase lo que se prometió, habrá lugar á reclamarlo como indebido (1), lo cual no sucede en la obligacion á término, como se ha expuesto antes.

Eamque spem transmittimus.—Si muere ó el estipulante ó el promitente en el tiempo intermedio entre el contrato y el cumplimiento de la condicion, la obligacion permanece en suspenso y adquiere su fuerza cuando se verifica la condicion, tanto á favor, como contra los herederos de los que contrajeron (2). No se opone á esto la regla del derecho que establece que las obligaciones no deben comenzar en ó contra el heredero, porque cuando existe la condicion, se retrotrae al tiempo del contrato, del mismo modo que si hubiera sido puro en su orígen (3). No sucede lo mismo en los legados, como en otro lugar se ha visto: la razon de diferencia es que en los contratos se atiende mas á las cosas que á las personas, y de consiguiente el estipulante no mira únicamente por sí mismo, sino tambien por las personas que despues de su vida han de tener su representacion jurídica (4); lo contrario sucede en los legados, en que solo se atiende á la persona á quien se agracia. Añádese á esto que todo contrato condicional cuando se cumple la condicion, toma su fuerza, segun queda dicho, desde el momento en que se celebra, por el efecto retroactivo que implícitamente envuelve (5), y que liga de tal modo á cada uno de los contrayentes, que no puede separarse del contrato sin la voluntad del otro (6), lo que no sucede en los legados condicionales, segun queda expuesto en su respectivo lugar.

5 Loca etiam inseri stipulationi solent, veluti: CARTHAGINE DARE SPONDES? quæ stipulatio, licèt purè fieri videatur, tamen *re ipsâ habet tempus* injectum, quô promissor utatur ad pecuniam Carthagine dandam.

Acontece tambien que en la estipulacion se inserten los lugares en que debe ejecutarse la obligacion, por ejemplo: ¿Prometes dar en Cartago? Esta estipulacion, aunque parece pura, contiene sin em- 5

(1) Ley 16, tit. VI, lib. XII del Dig.
(2) §. 25, tit. XIX lib. III de estas Inst.
(3) Ley 8. tit. VI, lib. XVIII; del Dig.
(4) Ley 9, tít. III, lib. XXII del Dig.
(5) Ley 26, tit. III, lib. XLV del Dig.
(6) Ley 5, tit, X, lib. IV del Cód.

Et ideò, si quis ità Romæ stipuletur: HODIE CARTHAGINE DARE SPONDES? *inutilis erit stipulatio,* cum impossibilis sit repromissio.

bargo en realidad un término, es á saber, el que necesita el promitente para dar en Cartago lo que ofreció. Por lo tanto si alguno estando en Roma estipula: ¿me prometes dar hoy un Cartago? la estipulacion es inútil porque su ejecucion es imposible.

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. inicial, ley 73. tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Re ipsà habet tempus.—Cuando los términos, en que se ha concebido la estipulacion, no hacen imposible su efecto, como no hay ningun motivo para presumir que los contrayentes se propusieron contraer en valde, es necesario interpretar su voluntad del modo que aparezca mas verosimil para que esta se realice. De aqui dimana que por la naturaleza misma de la convencion se entienda que el que, estando en Roma, estipula que se le dé en Cartago, ha querido que pase el término suficiente para que pueda tener ejecucion el contrato en este último punto, y por lo tanto la obligacion, aunque pura, si se atiende solamente á la fórmula, será en el fondo una obligacion á término. Este término deberá quedar al arbitrio del juez (1).

Inutilis erit stipulatio.—La inutilidad de la estipulacion dimana en este caso de la imposibidad del hecho, como manifiesta el texto. Inmediatamente que la ejecucion se hace posible, es tambien útil la estipulacion: por esto dice Cayo (2) que en el mismo ejemplo del texto, es decir, cuando uno estando en Roma, ofreciera dar en Cartago en aquel dia, valdria la estipulacion, si tanto el estipulante, como el promitente hubiesen oportunamente prevenido á sus respectivos representantes en Cartago, el uno que recibiese y el otro que diese lo mismo que en Roma se estipulaba, caso sin duda raro, pero oportunamente presentado para conocer bien la diferencia que media entre las ocasiones en que es posible ó imposible la ejecucion del contrato.

6 Conditiones, quæ *ad præteritum* vel *ad præsens* tempus referentur, aut statim infirmant obligationem,

Las condiciones que se refieren al tiempo pasado ó al presente, ó inmediatamente inutilizan la obliga- 6

(1) §. 2, ley 137, tit, I, lib. XLV del Dig.
(2) §. 4, ley 141 del mismo título y libro.

aut omnimò non differunt: veluti si TITIUS CONSUL FUIT, VEL SI MÆVIUS, VIVIT, DARE SPONDES? (a). Nam si ea ità non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ità se habent, statìm valet. Quæ enim per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licèt apud nos incerta sint (b).

cion, ó no la dilatan: por ejemplo: ¿Me prometes dar, si Ticio fué consul, ó si Mevio vive? (a). En efecto, si estas cosas no son ciertas, no vale la estipulacion, y si son ciertas vale desde luego, porque lo que es cierto en la naturaleza de las cosas, no suspende la obligacion, aunque sea incierto para nosotros (b).

ORÍGENES.

(a) Tomado de Modestino. (Ley 100, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(b) Conforme con Papiniano. (Ley 120, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Ad præteritum vel ad præsens.—Aunque, por la construccion gramatical de la oracion, parezcan condicionales las estipulaciones que se refieren á un hecho pasado ó presente, como sucede en el caso del texto, realmente no lo son, puesto que la condicion se refiere siempre á un acontecimiento futuro é incierto (1): en los ejemplos del texto el acontecimiento es ya cierto, ó no cierto en sí mismo, aunque sea desconocido para los que contraen. Pero si bien en este caso la obligacion no es condicional, será de hecho frecuentemente una obligacion á término, porque no podrá saberse tan pronto la verdad del hecho pasado ó presente.

7 Non solùm res in stipulatum deduci possunt, *sed etiam facta*: ut stipulemur, *fieri* aliquid, *vel non fieri* (a). Et in hujusmodi stipulationibus *optimum erit pœnam subjicere*, ne quantitas stipulationis in incertô sit, ac necesse sit actori probare, quid ejus intersit (b). Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ità adjici pœna debet: SI ITA FACTUM NON ERIT, TUNC PŒNÆ NOMINE DECEM AUREOS, DARE SPONDES? Sed si quædam fieri, quædam non fieri, unâ eâdemque conceptione stipuletur, clausula erit hujusmodi adjicienda: SI ADVERSUS EA FACTUM

No solamente pueden deducirse en estipulacion cosas, sino tambien hechos, esto es, que se haga ó que no se haga una cosa (a). En esta clase de estipulaciones será conveniente añadir una pena, para que no sea incierto á cuánto asciende el interés del estipulante, y para que este no se vea obligado á probarlo (b). Por esto si uno estipula que se haga alguna cosa, debe añadir una pena de este modo: SI NO SE HICIERE ASÍ ¿PROMETES DARME DIEZ ÁUREOS Á TÍTULO DE PENA? Pero si por medio de una misma pregunta estipula que se hagan algunas cosas 7

(1) Ley 39, tít. I, lib. XII del Dig.

ERIT, SIVE QUID ITA FACTUM NON ERIT, TUNC POENÆ NOMINE DECEM AUREOS, DARE SPONDES? (c).

y que no se hagan otras, la cláusula deberá concebirse en estos términos: SI HICIERES LO QUE HAS PROMETIDO NO HACER, Ó SI NO HICIERES LO QUE HAS PROMETIDO HACER, ¿PROMETES DAR Á TÍTULO DE PENA DIEZ ÁUREOS? (c).

ORÍGENES.

(a) Conforme con Paulo (§. inicial, ley 2, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(b) Conforme con Venuleyo. (Ley 11, tít. V, lib. XLVI del Dig.)
(c) Conforme con Ulpiano. (Ley 71, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Sed etiam facta.—Ulpiano dice que las estipulaciones no solo consisten en dar sino tambien en hacer (1), doctrina que en otros términos manifestó ya el Emperador Justiniano en el párrafo inicial de este título, siguiendo, como tantas otras veces, al jurisconsulto Cayo.

Fieri, vel non fieri.—Los hechos que se deducen en estipulacion, pueden ser afirmativos, ó negativos; pero en uno y otro caso la estipulacion es de una cosa indeterminada, puesto que no existe aun, y por lo tanto es incierta. Las leyes (2) ponen ejemplos de estipulaciones de actos afirmativos y negativos: á la primera clase pertenecen, v. g. el hacer un foso, el edificar una casa; ejemplos de la segunda clase son, el estipular que el promitente no impida pasar por su campo, y tambien el que no ponga obstáculo para la adquisicion de un esclavo determinado. Estas estipulaciones son inciertas, no solamente porque antes de que el promitente haga ó deje de hacer lo que ofreció, no se sabe si cumplirá ó no con su promesa, sino porque: si no cumple con lo prometido, su obligacion de hacer ó no hacer se resuelve en otra de daños é intereses cuya cantidad es incierta (3). El promitente quedará libre de la obligacion haciendo ó dejando de hacer lo que estipuló, sin que el estipulante pueda entablar contra él una accion hasta que pase el tiempo que sea necesario para que el promitente cumpla con su promesa. Despues que pasa el tiempo, en el cual pudo hacerse lo prometido, el actor está en su derecho reclamando el cumplimiento; mas para evitar la violencia personal que seria consiguiente si se compeliera á alguno á hacer ó á no hacer lo que no quiere, se ha estable-

(1) §. inicial, ley 2, tít. I, lib. XLV del Dig.
(2) §. 7, ley 75 del mismo título y libro.
(3) Ley 68 del mismo título y libro.

cido que no pueda el actor pedir la prestacion del hecho, sino solo que se le dé una cantidad equivalente al servicio que esperaba recibir, es decir, que la obligacion de hacer ó no hacer se convierte en una de dar (1), habiendo en este caso por el mero ministerio de la ley una novacion. Y debe observarse que si antes de contestarse la demanda en que se pidió el cumplimiento de una obligacion de hacer, el promitente manifestase estar dispuesto á cumplir con lo que ofreció, se libertará de la obligacion con la prestacion del hecho, sin que pueda ser compelido á satisfacer en su lugar la cantidad á que en otro caso pudiera ser condenado.

Optimum erit pœnam subjicere.—Resolviéndose la estipulacion de hacer ó no hacer, cuando no se ejecuta, en una obligacion de daños y de intereses, es claro que el que reclama su cumplimiento, se verá en la necesidad de probar que la cantidad que pide es realmente la valuacion justa de los perjuicios que se le han originado: á este efecto será necesario un juicio de apreciacion, difícil de suyo y dependiente en gran parte de las impresiones personales de los peritos y del juez. El estipulante evita estos inconvenientes cuando hay pena, porque entonces á una cantidad indeterminada reemplaza una determinada, y á la condiccion *incerti* la condiccion *certi*.

La cláusula penal no es especial á las obligaciones de derecho estricto que consisten en hacer ó no hacer, sino que, por medio de la fórmula de la estipulacion, puede venir á fortalecer cualquier otra convencion, cuya falta de cumplimiento dé lugar á reclamacion de daños é intereses. Bajo este punto de vista es una obligacion accesoria; pero no debe creerse que siempre es una parte del contrato ó del pacto que garantice ó robustezca: por el contrario, frecuentemente es un contrato separado y subsistente por sí mismo, si bien en todo caso deben considerarse dos convenciones diferentes, la principal y la penal que siempre tiene el carácter de condicional. No debe confundirse la cláusula penal con la obligacion alternativa: en esta última el acreedor tiene la eleccion de pedir la cosa que quiera; mas respecto á la estipulacion con cláusula penal, en tanto puede pedir la pena en cuanto el deudor no haya cumplido la obligacion principal: en la obligacion alternativa si perece una de las cosas, puede ser pedida la otra, y en la hecha con cláusula penal, si lo que principalmente se debe, perece sin culpa del deudor, la obligacion se tiene como cumplida y no se incurre en la pena estipulada.

---

(1) Ley 72, tit. I, lib. XLV del Dig.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

La diferencia capital que en las materias que este título comprende, separa á nuestro derecho del romano, ya ha sido expuesta en los títulos anteriores. La solemnidad de la estipulacion fundada en una pregunta y respuesta congruentes, en que clara, distinta y paladinamente se manifestara la voluntad de uno y otro contrayente, fué adoptada por las leyes de Partidas (1) que llamaron á este contrato *promision*. La célebre ley de Ordenamiento de Alcalá (2) de que otras veces se ha hecho mérito, en que se previno que de cualquiera manera que apareciera que el hombre queria obligarse, quedara obligado, hizo innecesaria la fórmula de la estipulacion, y vino á elevar los pactos á la clase de contratos. Mas esta ley del Ordenamiento no se extendió á cambiar la índole, naturaleza y efectos de los contratos, sino que se limitó únicamente á libertar las obligaciones del rigor de las fórmulas que las ceñian, y cuya omision las hacia ineficaces. Desde entonces la palabra *estipulacion* entre nosotros no ha conservado la accepcion estricta y precisa del derecho romano, sino que se emplea para significar toda clase de convenciones serias y deliberadas.

Las demás doctrinas de nuestras leyes (3) respecto á promesas estan sustancialmente conformes con las romanas. Hay, sin embargo, algunas ligeras diferencias que conviene indicar.

En primer lugar no se encuentra ley alguna donde expresamente se diga que todo el curso del dia convenido para hacer el pago de lo estipulado, quede al arbitrio del deudor: de algunas leyes parece inferirse lo contrario; pero á mi modo de entender es mas probable que el dia puesto á la obligacion para satisfaccion de la deuda, debe quedar á favor del deudor, lo que, además de ser conforme á las reglas generales de interpretacion de las obligaciones, segun las cuales en caso de duda debe estarse á favor del deudor, encuentra fundamento en una ley de Partidas (4) en que implícitamente se establece esta doctrina: debo decir, sin embargo, que no ha sido seguida sin modificacion por todos nuestros jurisconsultos.

Otra ley de Partidas (5) hace distincion entre la promesa de dar

---

(1) Ley 1, tit. XI, Part. V.
(2) Ley 1, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.
(3) Tit. XI, Part. V.
(4) Ley 35, tit. XI, Part. V.
(5) Ley 15 del mismo título y libro.

una cosa *en cada año*, y la que se formula con la frase de *en todos los años*: en el primer caso resuelve que la promesa sea cumplida al fin de cada año, y en el segundo, que se cumpla al principio de cada uno; diferencias sutiles que dimanan del modo particular con que el legislador consideró la fuerza de las frases y el valor que creia que se les daban por los contrayentes.

Por último, tenemos una ley (1) en que se establece que si á la promesa de dar cierta cantidad se hubiere puesto una cláusula penal, y el estipulante acostumbrase llevar usuras, se entiende esta obligacion como hecha en fraude de ellas, y que por lo tanto no pueda ser compelido á pagar la pena el que dejó de cumplir el contrato. Esta disposicion debe reputarse corregida en gran parte, atendidas las modificaciones que la ley y la práctica han introducido respecto al mútuo con intereses, y no creo que esté en observancia especialmente desde que es lícito á todos llevar interés por lo prestado.

TITULUS XVI.

De duobus reis stipulandi et promittendi.

TITULO XVI.

De los co-estipulantes y co-promitentes.

Antes de ahora se há expues que el derecho romano da con frecuencia el nombre de *reus stipulandi* al estipulante, y al promitente el de *reus promittendi* (2); este sencillo recuerdo basta para justificar la traduccion que doy á la rúbrica del título, sin que por ello suponga que no puede tambien verterse al castellano denominando *reos de estipular* y *prometer* á los que llamo *co-estipulantes* y *co-promitentes*. Si bastaran las doctrinas generales de las estipulaciones en que solo interviene una persona por cada parte, para los casos en que son dos ó mas, ocioso seria este título; pero lejos de ser así, la intervencion de mas de un contrayente por cada parte produce complicaciones y dificultades á que la ley ha debido atender. Hé aquí el motivo que indujo al Emperador Justiniano á consagrarles este título especial.

Et stipulandi et promittendi duo pluresve *rei* fieri possunt (*a*). Stipulandi ità, *si post omnium interrogationem* promissor respondeat, SPONDEO. Ut putà, cum duobus separatìm stipulantibus, ità promissor respondeat, UTRIQUE VESTRUM DARE

Dos ó mas personas pueden estar reunidas en una misma estipulacion, ó en una misma promesa (*a*). En una misma estipulacion, si despues de la pregunta de todos, responde el promitente: PROMETO. Asi sucede cuando habiendo dos estipulado se-

(1) Ley 40, tit. XI, Part. V.
(2) Ley 1, tit. II, lib. LXV del Dig.

SPONDEO: nam si priùs Titio spoponderit, deindè aliô interrogante, spondeat, alia atque alia erit òbligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse (*b*). Duo pluresve rei promittendi ità fiunt, MÆVI QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES? *si respondeant singuli separatìm*, SPONDEO (*c*).

paradamente, el promitente responde: OFREZCO DAR A CADA UNO DE VOSOTROS. Mas si primero promete á Ticio, y despues responde igualmente al segundo que le interroga, habrá entonces dos obligaciones diferentes, y no dos co-estipulantes (*b*). La obligacion de los co-promitentes se establece así: PROMETES, MEVIO, DAR CINCO ÁUREOS? ¿PROMETES, SEYO, DAR LOS MISMOS CINCO ÁUREOS? cuando contesta cada uno de estos separadamente: PROMETO (*c*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Juliano. (Ley 5, tít. II, lib. XLV del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§ 2, ley 28, tit. III, lib. XLV del Dig.)
(*c*) Conforme con Pomponio. (Ley 4, tít. II, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Et stipulandi et promittendi rei.—Muchas personas pueden ser comprendidas ya como obligantes ya como obligadas en un mismo contrato verbal; entónces habrá una obligacion única á favor de diferentes acreedores contra un solo deudor, ó por el contrario, á favor de un solo acreedor contra diferentes deudores. La obligacion, pues, en la esencia será una sola, si bien podrán nacer de ella tantos vínculos cuantas sean las personas que deban ó á quienes se deba: esta relacion jurídica, en que uno está obligado á dos ó más, ó dos ó más á uno, es denominada algunas veces *obligacion co-real*, nomenclatura de que usaré tambien porque evita complicaciones. Esto supuesto, puede decirse que son *co-estipulantes aquellos que han estipulado una misma cosa de otro con la intencion de que, aunque á cada uno se deba toda ella, solo se deba una á todos*, y que *co-promitentes* son *aquellos que han prometido la misma cosa á uno que estipulaba con la intencion de que, aunque cada uno la debiera íntegramente, no debieran todos más que la misma.*

Si post omnium interrogationem.—Para que dos personas se reputen co-estipulantes ó co-promitentes, es necesario á que las preguntas y respuestas se verifiquen á un mismo tiempo, ó con muy corto intérvalo, y sin ser interrumpidos por actos extraños á la obligacion (1). Así es que el texto habla de dos estipulantes que sucesivamente hacen la misma pregunta y con separacion, *separatìm*, y

(1) §. 3 ley 6; y §. inicial, ley 12, tít. II, lib. XLV del Dig.

á quienes el promitente espera oir para dar la respuesta; porque si primero contestase á una estipulacion y despues á otra, no habria un solo contrato, sino dos, aunque la persona obligada fuera en ambos la misma, segun dice en este texto el Emperador: *Alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse.*

Si respondeant singuli separatìm, spondeo.—Indiferente es que la fórmula de la estipulacion y de la promesa se pongan en singular ó en plural, con tal que aparezca clara y distintamente la intencion de los contrayentes. Por esto dice Paulo (1) que la obligacion *co-real* existe cuando dos prometen ó bien interrogados: *¿prometeis?* contestando ambos *prometo* ó *prometemos*, ó bien preguntados: *¿prometes?* respondiendo ambos *prometemos*.

1 *Ex hujusmodi obligationibus* et stipulationibus *solidum singulis debetur, et* promittentes *singuli in solidum tenentur.* In utrâque tamen obligatione una res vertitur, et vel alter debitum accipiendô, vel alter *solvendô,* omnium perimit obligationem, et omnes liberat.

Por consecuencia de esta clase de obligaciones se debe toda la cosa estipulada á cada uno de los estipulantes, y cada uno de los promitentes está tambien obligado por el todo. Mas en ambas obligaciones es una sola la cosa debida, y si uno la recibe, libra al deudor de los demás co-estipulantes; y si uno la paga, libra de la deuda á sus co-promitentes. 1

ORÍGENES.

Conforme con Javoleno. (Ley 2, tit. II, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Ex hujusmodi obligationibus.—En el comentario del párrafo anterior he dicho que la obligacion co-real es una. Para conocerlo basta considerar que solo se deduce una cosa en la obligacion, que solo hay un contrato aunque sea más de uno el obligante ó el obligado, y en fin, que no se debe y que no se paga más que una sola vez: por esto Javoleno (2), Ulpiano (3) y Juliano (4), usan en singular de la palabra *obligacion* para indicar este modo de obligarse. Más, considerando el contrato bajo el punto de vista de los contrayentes, no puede negarse que, en el caso de ser varios los co-estipulantes, nacen tantas obligaciones cuantos son ellos, porque el deudor queda obligado á cada uno, y que tambien cuando son varios los co-pro-

(1) Ley 4, tit. II, lib. XLV del Dig.
(2) Ley 2, del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 3 del mismo título y libro.
(4) §. 3, ley 6 del mismo título y libro.

mitentes, hay tantas obligaciones cuantos son los que prometen, puesto que cada uno queda ligado con el acreedor: Papiniano (1) y Venuleyo (2) manifiestan claramente esta duplicidad de obligaciones. Los dos aspectos diferentes de unidad y multiplicidad, bajo los cuales puede ser considerada la obligacion co-real, producen sus efectos: como una, las estipulaciones ó las promesas estan enlazadas entre sí con tan estrecha dependencia, que la suerte de alguna de ellas decide de la de todas: como múltiple, puede quedar sin efecto una estipulacion ó una promesa, y subsistentes las otras. Esto no es en realidad una contradiccion, como á primera vista parece, porque la consideracion de ser una ó múltiple la obligacion, se refiere á dos principios que, sin excluirse mútuamente en su respectivo desarrollo, se completan el uno por el otro: así cuando hay una causa de nulidad en el contrato, y esta recae sobre el objeto mismo de la estipulacion, por ejemplo, si se estipula y promete una cosa que está fuera del comercio de lós hombres, entonces, como el vicio del contrato recae sobre la cosa misma, bajo cuyo aspecto la obligacion es una, la estipulacion será nula con respecto á todos y á cada uno de los que la celebraron, ó bien en concepto de obligantes ó de obligados. Por el contrario, cuando el vicio que puede objetarse á la estipulacion solo afecta á uno de los co-estipulantes ó co-promitentes, estos defectos no serán extensivos á aprovechar ó perjudicar á los otros: así sucederá, por ejemplo, en el caso de que uno de los promitentes no pueda obligarse, como sucede con el pupilo sin la autoridad del tutor, ó con el hijo de familia sin la de su padre.

Solidum singulis debetur, et singuli in solidum tenentur.—Esencial es en la obligacion co-real que á cada uno de los estipulantes se deba todo lo prometido, y que á su vez esten obligados á pagarlo cada uno de los co-promitentes, y por lo tanto que cada uno de los primeros pueda exigir el todo, y cada uno de los segundos ser demandado por el todo (3). Pero desde el momento en que uno de lós co-estipulantes entabla su accion, ya no puede hacerse ni oferta de pago, ni pago á alguno de los otros (4), porque la cosa que es objeto de la obligacion está ya deducida en juicio: de modo que en este caso el que se anticipa á los demás para ejercitar los derechos que por efecto de la obligacion co-real competen á todos los estipulantes, se halla en el mismo caso que si él solo hubiera estipulado, *ac si solus stipulatus fuisset,* como dice el jurisconsulto Venuleyo (5). Parecia

(1) §. 2, ley 9, tít. II, lib. XLV del Dig.
(2) Ley 13 del mismo título y lib.
(3) Ley 2; y §. 1, ley 3 del mismo titulo y libro.
(4) Ley 16 del mismo titulo y libro.
(5) §. 1, ley 31 del mismo titulo y libro

consiguiente á esto que cuando se habia entablado la demanda contra uno de los co-promitentes, los otros quedarán libres; en efecto, lógico es que una misma obligacion no produzca mas que una sola accion, y que cuando esta accion se ha intentado ya contra uno, no deba subsistir contra los demás: á lo cual parece que se inclinaba el antiguo derecho, segun se infiere de unos fragmentos de Ulpiano (1) y de Paulo (2). Esta opinion se ha combatido con la autoridad de Pomponio (3) y con la del mismo Ulpiano (4); sin embargo, los fragmentos de estos dos jurisconsultos, no me parecen bastante poderosos para adoptar el parecer de los que impugnan la doctrina que dejo expuesta: es verosímil, como algunos han supuesto, que Triboniano y sus compañeros alteraran el referido fragmento de Pomponio al insertarlo en el Digesto, para que se acomodase á la constitucion de Justiniano que, como ahora diré, reformó el antiguo derecho, y por otra parte la cita de Ulpiano se refiere exclusivamente al depósito. Justiniano innovó este punto autorizando al estipulante para perseguir sucesivamente á los co-promitentes hasta que le fuera satisfecha la deuda en su totalidad (5).

Conviene decir algo más acerca de las relaciones mútuas del co-estipulante que recibe la cosa estipulada con los demás co-estipulantes, y del co-promitente que paga respecto á los otros co-promitentes. Si entre los co-estipulantes ó co-promitentes existe una sociedad, una comunidad de bienes ó cualquier otro motivo jurídico que les obligue á considerar comun la estipulacion ó la promesa, estarán respectivamente obligados á comunicar lo recibido, ó podrán imputar proporcionalmente á cada uno lo que hayan satisfecho, bien sea por la accion *pro sociô*, por la de *familiæ erciscundæ, communi dividundô*, ó cualquiera otra que nazca del vínculo comun que los liga. Pero fuera de este caso, en rigor de derecho no queda accion alguna á los co-estipulantes contra el que recibió, ni al co-promitente que pagó, contra sus compañeros (6), porque ni el que dió ni el que recibió lo hicieron en nombre ó con representacion agena, sino que el primero pagó por consecuencia de una obligacion propia, y el segundo en virtud de un derecho tambien propio; puesto que, como dice Justiniano en el texto que comento: *et stipulantibus solidum singulis debetur, et promittentes singuli in solidum tenentur.*

---

(1) §. 4, ley 51, tit. II, lib. XXI del Dig.
(2) Ley 116, tit. I, lib. XLV del Dig.
(3) §. 1, ley 8, tit. I, lib. XXX del Dig.
(4) §. 43; ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.
(5) Ley 28, tit. XL, lib. VIII del Dig.
(6) §. inicial, ley 62, tít. II, lib. XXXV: §. 1, ley 31, tit. II, lib. XLVI del Dig.: y ley 2, tít. XL, lib. VIII del Cód.

Los intérpretes presentan otra cuestion interesante en el punto de que se trata, á saber: si uno de los co-promitentes podrá oponer á su acreedor el beneficio de division. El rescripto del Emperador Adriano, que introdujo el beneficio de division, se limitó á los co-fiadores (1), y aunque despues se hizo extensivo á los *mandatores*, á los contutores, á los magistrados (2), y últimamente, por una constitucion de Justiniano, á los que tomaban sobre sí el pago de una deuda agena (3), nunca llegó á comprender á los co-promitentes. Más si bien el beneficio de division establecido por Adriano no les alcanza, hay otro beneficio de division introducido por Justiniano (4); en virtud de él cuando varios co-deudores tienen interés igual en una deuda, el acreedor que reclama contra uno de ellos, puede ser obligado á hacer extensiva su demanda á los otros que se hallen presentes, y en este caso el juez condenará á todos los que no sean insolventes á que contribuyan al pago.

Solvendô. — No solamente por la solucion ó pago de uno de los co-promitentes se extingue la obligacion de todos, sino tambien por cualquiera de los otros medios que el derecho reconoce para que concluyan las obligaciones, como la aceptilacion y la novacion (5). Más esto debe entenderse respecto á los modos de extinguirse las obligaciones por razon de la misma naturaleza de los contratos; no así cuando por sus circunstancias especiales queda uno de los deudores libre de la obligacion, como sucederia si hubiera sido restituido *in integrum*, ó si en él se hubieran refundido los conceptos de deudor y de acreedor (6), porque entonces quedará la obligacion subsistente respecto de los demás, lo cual es consecuencia del doble carácter que tiene esta obligacion, el de una y el de múltiple.

Por lo que hace al pacto de no pedir, celebrado especialmente con alguno de los co-promitentes, debe distinguirse si se ha hecho con intencion de que fuera peculiar á él, ó si es una remision de la deuda; y como generalmente suele decirse, si la remision es *in personam* ó *in rem*. En el primer caso no aprovechará sino á aquel con quien se hizo (7): en el segundo libertará á todos los co-promiten-

---

(1) §§. 121 y 122 del Com. III de las Instituciones de Cayo; y leyes 26 y 28, tit. I, lib. XLVI del Digesto.

(2) §. 11, ley 1, tit. III: ley 7, tit. VII: ley 3, tit. VIII, lib. XXXVII del Dig, ; y ley 3, tit. LXXV, lib. V del Código.

(3) Ley 3, tit. XVIII, lib. IV del Cód.

(4) Novela 99.

(5) Leyes 2 y 3: § 1, ley 9; y ley 13, tit. II, lib. XLV del Dig.

(6) §. 5, ley 21: leyes 22, 27 y 32, tit. XVI. lib. II: §. 2, ley 9, tit. II, lib. XLV; y ley 71, tit. I, lib. XLVI del Digesto.

(7) §. 1, ley 25, tit. XIV, lib. II: §. 3, ley 3; y §§. inicial y 1, ley 5, tit. III, lib. XXXIV del Dig.

les (1). Más por el contrario, si fuere uno de los co-estipulantes el que remitiere la deuda al promitente, no quedaria este libre en ningun caso de responder á los demás co-estipulantes, bien hubiera sido la remision hecha *in rem* ó *in personam* (2).

2 Ex duobus reis promittendi, *alius purè, alius in diem, vel sub conditione* obligari potest; nec impedimento erit dies aut conditio, quominùs ab eò, qui purè obligatus est, petatur.

De dos co-promitentes, el uno puede quedar obligado puramente, y el otro á término ó bajo condicion; y ni el término ni la condicion serán obstáculo para que se pida inmediatamente el pago á aquel que quedó obligado puramente. 2

ORÍGENES.

Copiado de Florentino. (Ley 7, tít. II, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Alius purè alius in diem, vel sub conditione.—La doctrina de este texto dimana del principio que repetidas veces se ha manifestado, á saber; que la obligacion co-real, aunque una en el fondo, es múltiple relativamente á los contrayentes.

Antes de pasar á otro título haré algunas observaciones para completar este. La obligacion co-real no nace solamente de la estipulacion, sino tambien de todos los contratos. Así en el comodato, en el depósito, en la compra-venta, en el arrendamiento, en una palabra, en todos los contratos que sin necesidad de las fórmulas solemnes de la estipulacion producen su efecto, la intencion de los contrayentes puede imponer á muchos una obligacion comun, y quedar varios por lo tanto obligados *in solidum* á su cumplimiento (3). Tambien puede deber su orígen á un testamento ó codicilio, en que el testador haya expresado su voluntad de un modo que no deje dudas respecto de la obligacion *in solidum* que impone (4), á un delito, cuando han sido varios los que lo han cometido, ó á la disposicion de una ley que obligue solidariamente á varios á dar ó hacer alguna cosa (5).

A las doctrinas de la obligacion co-real que acabo de explanar, se oponen las de la obligacion que se contrae á favor de uno ó de mu-

(1) §. 5, ley 21: ley 23: §. inicial, ley 25, tit. XIV, lib. II; y §. 1, ley 9, tit. II, libro XLV del Digesto.

(2) § inicial, ley 27, tit. XIV, lib. II; y §. inicial, ley 93. tit. III, lib. XLVI del Dig.

(3) §. inicial, ley 9, tit. III, lib. XLV del Dig.

(4) §. 1, ley 8, tit. I, lib. XXX del Dig.

(5) §. 13, ley 14, tit. II, lib. IV: ley 3, tit. III, lib. IX del Dig.; ley 1, tit. VIII, lib. IV; y ley 1, tit. LV, lib. VII del Código.

chos ó contra uno ó muchos, pero de manera que á cada uno de los deudores no pueda exigirse el todo sino solamente la parte proporcional; y por el contrario, que ninguno de los acreedores pueda obtener mas que lo que respectivamente le corresponda. A esta obligacion llaman comunmente los intérpretes *pro ratâ*; y el derecho romano, aunque no hizo de ella clasificacion especial, presenta muchos casos en que tiene lugar, empleando las leyes para designarla las frases *pro parte teneri, virilem partem stipulari, partes viriles deberi, pro portione virili conveniri* (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Poco expresivas estan nuestras leyes respecto á las obligaciones *in solidum* y *pro ratâ* de que se ha hablado en este título: en su silencio, la jurisprudencia tiene admitidos los principios romanos tan conformes á la equidad. Las obligaciones en que hay varios obligantes ú obligados *in solidum*, reciben, en el uso comun, el nombre de *solidarias*, y las obligaciones *pro ratâ* el de *mancomunadas* ó de *mancomun*. En nuestro derecho hay establecida una regla que no encuentro en el derecho romano, á saber: que cuando dos personas se obligan simplemente, cada una se entiende obligada por la mitad á no ser que expresamente se diga que cada una se obligue *in solidum* (2). El beneficio de division introducido por Justiniano entre los co-deudores está tambien aceptado por nuestro derecho (3).

TITULUS XVII.

De stipulatione servorum.

TITULO XVII.

De la estipulacion de los esclavos.

En el título IX del Libro segundo de esta obra, al establecer los principios generales que rigen en materia de adquisiciones por medio de los esclavos, dijo el Emperador Justiniano que lo que adquirian por efecto de una estipulacion, era para su señor. En este título desenvuelve lo que entónces indicó, refiriéndose á la estipulacion,

(1) §. 15, ley 5, tit. VI, lib. XIII: §§. 1 y 2, ley 11, tit. II, lib. XLV: ley 03, tit. I. lib. XLII del Dig.; y ley 1, tit. LV, lib. VII del Cód.

(2) Ley 10, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.

(3) Ley 10, tit. XII, Part. V.

y mas adelante (1) se verá que amplia estas doctrinas, haciéndolas extensivas á toda clase de obligaciones.

Servus ex personâ domini jus stipulandi habet. Sed hæreditas *in plerisque personæ defuncti vicem sustinet*: ideòque, quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, adquirit hæreditati; ac per hoc etiàm hæredi posteà facto acquiritur.

El esclavo puede estipular representando la persona de su señor. Como la herencia en muchos casos representa la persona del finado, si el esclavo hereditario estipulare antes de que fuera adida, adquiere para la herencia, y por lo tanto para el heredero que hace despues la adicion.

ORÍGENES.

Conforme con Hermogeniano. (Ley 61, tít. I, lib. XLI del Dig.)

Comentario.

Servus.—En el Libro primero de esta obra, al hablar de la condicion de los esclavos, se vió que el derecho civil no les daba consideracion de personas, y por lo tanto que no eran capaces de derechos ni de obligaciones cuando se les consideraba solamente con relacion á ellos mismos.

Ex personâ domini.—Si bien el esclavo carecia de representacion jurídica propia, podia intervenir en contratos representando la personalidad de su dueño, lo que sucedia en todos aquellos actos que no tenian el carácter de legítimos, pero solamente cuando se trataba de adquirir para él y de enriquecerlo. Por esto si el señor no tenia capacidad de adquirir, la estipulacion era inútil, como si estipulaba una servidumbre predial no poseyendo su dueño una heredad vecina. Y esto no solamente sucedia en la estipulacion pura, sino tambien en la hecha á término ó bajo condicion; de modo que si el esclavo hubiera estipulado que se le diera una cosa para el dia en que mudase de dueño ó para el caso en que adquiriera la libertad, el dia ó la condicion cumplida se retrotraerian al tiempo de la celebracion del contrato, y de consiguiente la estipulacion no cedia en beneficio del nuevo dueño ni del estipulante ya manumitido, sino de su antiguo señor, porque, como dice Pomponio (2), *potestas ejus tùnc, cùm id contraheretur, nostra fuit.*

Jus stipulandi.—El texto se limita al derecho de estipular y calla sobre el de prometer, porque el esclavo podia hacer mejor la condicion de su dueño, pero nunca empeorarla.

(1) En el título XVIII de este mismo libro.
(2) Ley 40, tít. III, lib. XLV del Dig.

In plerisque personæ defuncti vicem sustinet.—En otro lugar (1) he manifestado cómo se entiende la regla de que la herencia tiene la representacion del difunto. Ahora debo añadir que las palabras *in plerisque* están oportunamente colocadas aquí: efectivamente la herencia es una persona jurídica y en tal concepto susceptible de derechos y de obligaciones; mas siempre que además de la persona jurídica se requiere la existencia de una persona física para que haya obligacion, el esclavo hereditario estipula inútilmente, como se verifica, por ejemplo, en las servidumbres de uso y usufructo (2). No sucede exactamente lo mismo cuando se lega al esclavo hereditario el usufructo ó el uso, porque no viniendo la utilidad del legado tan inmediatamente como la de la estipulacion, basta que cuando llegue el dia del legado, exista ya la persona física que es necesaria para la constitucion de la servidumbre personal que dejó el testador (3).

1 Sive autem *domino*, sive *sibi*, sive *conservo* suo, sive *impersonalitèr* servus stipuletur, domino acquiritur (*a*). Idem juris est et *in liberis*, qui in potestate patris sunt, *ex quibus causis acquirere possunt* (*b*).

El esclavo adquiere siempre para su señor, ó bien estipule en nombre de este, ó bien en el suyo propio, ó bien para un compañero suyo de esclavitud, ó bien impersonalmente (*a*). Lo mismo sucede respecto de los descendientes que estan en potestad de su padre, en los casos en que puedan adquirir para él (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Florentino. (Ley 15, tít. III, lib. II del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 45, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Domino, sibi, conservo, impersonalitèr.—Cuando el esclavo estipula para sí, ó para otro esclavo que está en poder del mismo dueño, ó impersonalmente, implícitamente significa que quiere estipular para su señor, porque solo de este modo vale lo que hace: así es que si en el momento en que el esclavo estipula, el dueño no tiene capacidad para adquirir, no vale la estipulacion. Si el esclavo estipula para otro que no sea su dueño, ó que no esté en potestad de su dueño, la estipulacion será inútil, como hecha á favor de una persona para quien el estipulante no puede adquirir (4).

---

(1) Al comentar el §. 2 del tít. XIV, lib. II de estas Inst.
(2) Ley 61, tít. I, lib. XLI del Dig.
(3) Ley 26, tít. III, lib. XLV del Dig.
(4) Ley 30 del mismo título y libro.

El esclavo hereditario puede estipular, ó bien para sí, ó bien impersonalmente, ó bien para la herencia, ó bien para otro esclavo de la herencia, mas no para el difunto (1). No es tan claro si puede ó no estipular en nombre del heredero. Las antiguas escuelas estaban divididas acerca de este punto: los Proculeyanos sostenian que no podia estipularse así, y en este sentido hay fragmentos de Papiniano (2) y de Paulo (3) insertos en el Digesto, dando el último jurisconsulto por razon que al tiempo de la estipulacion el heredero no era señor del esclavo; los Sabinianos sostenian la opinion contraria, fundándose en que el heredero en virtud de la adicion se reputaba sucesor del difunto desde el tiempo de la muerte. A esta opinion se adhirieron Cayo (4) y Modestino (5): y en el Digesto constan tambien fragmentos de obras suyas en que lo dicen. Esta es una de las contradicciones que se escaparon á los compiladores de las Pandectas.

In liberis, ex quibus causis acquirere possunt.—En su lugar quedan expuestas las modificaciones que el derecho antiguo fué sufriendo en cuanto al principio general que establecia que las adquisiciones de los hijos de familia fueran exclusivamente para su padre. La introduccion de los peculios dió á los hijos capacidad de derechos y de obligaciones, y por lo tanto no seria exacto equipararlos absolutamente á los esclavos, puesto que estos últimos nunca podian contratar en nombre propio, como podian hacerlo los primeros. Por lo tanto si el hijo de familia estipula para el padre ó bien por razon del peculio profecticio, ó bien por lo que concierne al usufructo del adventicio, la adquisicion será para el padre: si lo hace por razon de los demás peculios, ó de la propiedad del adventicio, adquirirá para sí.

2 Sed cùm *factum* in stipulatione continebitur, omnimodò persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur, ut sibi *ire agere liceat*: ipse enim tantùm prohiberi non debet, non etiàm dominus ejus.

Si el objeto de la estipulacion es un hecho, la estipulacion redundará exclusivamente en beneficio del extipulante, por ejemplo, si el esclavo estipula que le sea permitido ir y conducir, porque en tal caso solamente á él no se puede impedir el que vaya y conduzca, y si á su dueño. 2

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. inicial, ley 44, tít. I, lib. XLV del Dig.)

(1) §. 2, ley 18, tít. III, lib. XLV del Dig.
(2) El mismo §. 2.
(3) Ley 16 del mismo titulo y libro.
(4) §. 4, ley 28 del mismo titulo y libro.
(5) Ley 35 del mismo titulo y libro.

Comentario.

Factum.—Las cosas que son de hecho, dice Paulo, no pasan al señor (1), lo que se funda en que sustituir un individuo á otro equivale á cambiar el contrato. Mas considerando bien esto, se observa que la estipulacion solo promueve el beneficio del señor del esclavo, que es el que tiene el derecho de permitir el ejercicio de lo que estipuló, convirtiéndolo sola y exclusivamente en su beneficio.

Ire agere liceat.—El hecho de que aquí se trata no es una servidumbre real, sino una simple concesion individual, en virtud de la que compete al señor la accion de obligar al promitente á que deje pasar al esclavo. Mas si el esclavo hubiera estipulado el derecho de paso en beneficio de una heredad de su señor, este tendria el derecho de obligar al promitente á constituirla, y constituida dentro de los límites que establecen las leyes, podria el mismo dueño ú otro ejercitar la servidumbre en beneficio de la heredad dominante.

3 Servus communis stipulandô unicuique dominorum pro portione dominii acquirit, nisi si *unius eorum jussu*, aut nominatim cui eorum stipulatus est: tùnc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur, veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sít.

El esclavo que pertenece á varios dueños, por su estipulacion adquiere para cada uno de ellos en proporcion á su parte de dominio, á no ser que haya estipulado por mandato de uno de ellos, ó expresamente para alguno, pues entonces adquirirá solamente para este. Lo que el esclavo comun estipula, corresponde íntegramente á uno de sus dueños en el caso de que no pueda ser adquirido para el otro, como sucede cuando estipula que se le dé lo que corresponde á uno de sus señores. 3

ORÍGENES.

Comforme con Cayo. (§. 167, Com. III de *sus* Inst.)

Comentario.

Unius eorum jussu.—No estaban acordes las antiguas escuelas de jurisconsulto acerca de si el esclavo que estipulaba sin expresar el nombre de uno de los dueños, de quien habia recibido órden para hacerlo, adquiria solamente para este ó para todos sus señores en pro-

(1) §. inicial, ley 44, tit. I, lib. XLV del Dig.

porcion á la parte del dominio. Los Sabinianos sostenian la opinion de que el señor que habia dado la órden era el adquirente: oponíanse á esto los Proculeyanos. Justiniano, siguiendo á Cayo (1), se decidió por la opinion de los Sabinianos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Los mismos principios que en este título se establecen, fueron adoptados por las Partidas. (2).

TITULUS XVIII.

De divisione stipulationum.

TÍTULO XVIII.

De la division de las estipulaciones.

En los títulos precedentes queda expuesta la division de las estipulaciones, segun que eran puras á término y condicionales, ó que en unas se deducian cosas y en otra hechos. En todas estas divisiones se consideraba la mera voluntad de los otorgantes, sin necesidad de que interviniese órden de un juez ó de un magistrado. Mas como á veces las estipulaciones son resultado de un precepto, de aquí dimana otra division de que en este lugar habla el Emperador Justiniano.

Stipulationum aliæ judiciales sunt, aliæ pretoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes, tàm prætoriæ, quàm judiciales.

Las estipulaciones son ó judiciales, ó pretorias, ó convencionales, ó comunes, esto es, tanto pretorias como judiciales.

ORÍGENES.

Copiado de Pomponio (§. inicial, ley, 5, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Judiciales sunt dumtaxàt, quæ *à merô judicis officiô proficiscuntur:* veluti *de dolô cautio*, vel *de persequendô servô, qui in fugâ est; restituendôve pretiô.*

Estipulaciones judiciales son aquellas que dimanan exclusivamente del oficio del juez: tales son la caucion de dolo y la de perseguir al siervo fugitivo, ó de restituir el precio.

ORÍGENES.

Tomado de Pomponio (§. inicial, ley, 5, tít. I, lib. XLV del Dig.)

---

(1) §. 167, Com. III de sus Inst.
(2) Ley 7, tit. XI, Part. V.

Comentario.

Judiciales. —Esta division de las estipulaciones judiciales y pretorias dimana de la diferencia que habia en los antiguos sistemas de procedimientos entre el juez y el magistrado, entre *agere in jure* y *agere in judiciô*, de que oportunamente se tratará. Uno y otro mandaban que se prestaran ciertos afianzamientos, con el fin de evitar males que despues podian ser de imposible ó difícil reparacion. Las doctrinas de este título están íntimamente ligadas con todo el sistema formulario de procedimientos romanos, y así, para no producir confusion, me limitaré aquí á decir lo más indispensable para la explicacion de los textos, pero de modo que sea fácil á todos, al tratar de las acciones, completar con lo que allí se diga, lo que se omite en este lugar.

A merô judicis officiô proficiscuntur. —Esto es, las que el juez y solo el juez puede mandar dar. El juez, arreglándose á la fórmula que del magistrado recibia, examinaba la cuestion que á su decision estaba sometida: era necesario, por lo tanto, para que mandase dar una caucion, que preexistiese un litigio, y que alguno hubiera intentado una accion contra otro.

De dolô cautio. —Teófilo en su *Paráfrasis* pone el siguiente ejemplo respecto á la caucion ó estipulacion de dolo: entablo yo la accion *ex stipulatu* contra uno que me debe cierto esclavo por consecuencia de un contrato verbal, y el demandado, conociendo que de todos modos tiene que ser vencido en el juicio, dá al esclavo un veneno para que perezca poco despues de haberme sido entregado; corresponde al oficio del juez, cuando hay tales sospechas, obligar al demandado que entregue el esclavo, á que dé caucion de que no ha empleado ningun dolo en su daño. Esta caucion viene por lo tanto á consistir en que el poseedor de la cosa demandada responda de todo dolo por el que pueda empeorar la condicion de la cosa restituida. Tiene lugar tambien cuando el que restituye ha obtenido la cosa con violencia (1); contra el acreedor con prenda (2); contra el comprador que obliga al vendedor á que vuelva á tomar la cosa vendida por consecuencia de la accion redhibitoria (3); contra el marido en la restitucion de los bienes dotales (4), y para decirlo de una vez, siempre que hay lugar á sospechar que el que posee la cosa que ha de restituir, obra con dolo para perjudicarnos (5).

La caucion de dolo se hace por una mera promesa: esto es lo que

---

(1) §§. 5 y 7, ley 9, tit. II, lib. IV del Dig.
(2) Ley 15, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(3) §. 1, ley 21, tit. I, lib. XXI del Dig.
(4) §. 1, ley 25, tit. III, lib. XXIV del Dig.
(5) §. 3, ley 7, tit. III, lib. IV del Dig.

quieren decir las leyes cuando usan la palabra *cautio*, á diferencia de cuando quieren que una tercera persona asegure el cumplimiento, en cuyo caso se valen del vocablo *satisdatio.*

De persequendô servô, qui in fuga est, restituendôve pretiô.— Tambien Teófilo explica esta caucion. Si alguno, dice, hubiere comprado un esclavo mio con buena fé y sin vicio en la adquisicion, corre la usucapion sin impedimento; pero si antes del tiempo que complete la usucapion, por ejemplo dos ó tres meses, entablare yo la reivindicacion contra el poseedor, y, prolongándose el pleito, se completa la usucapion, si el siervo huye sin culpa del demandado y yo probare que el esclavo era mio, seria absurdo que fuese condenado el demandado que no tuvo participacion alguna en la fuga del esclavo; pero tambien seria absurdo que fuese absuelto, de modo que no me quedara ninguna accion útil por este juicio. En tal caso corresponde al oficio del juez obligar al demandado á que dé una caucion de que si encontrare al esclavo, entablará, como dueño que es por efecto de la usucapion, la reivindicacion contra cualquier poseedor, y que me restituirá el esclavo ó su precio; más si no estuviere consumada la usucapion, la caucion no seria necesaria, puesto que el actor podria entablar sin obstáculo la accion real contra cualquier otro que poseyera el esclavo.

Esta caucion de *persequendô servô, restituendôve pretiô*, es realmente una estipulacion con cláusula penal; su objeto principal consiste en la persecucion y restitucion del esclavo; el pago de su valor es la pena, y por lo tanto si el promitente ha hecho todo lo que estaba á su alcance para recobrar el esclavo ó ha cedido al demandante sus acciones, no está obligado á la restitucion del precio.

Las estipulaciones de que habla el texto están puestas únicamente como ejemplo: otras muchas hay que pertenecen á la misma clase (1). El medio que tiene el juez de obligar á dar las cauciones, de que acaba de hablarse, es indirecto: se absuelve al demandado que la presta, y se le condena si no lo verifica (2).

2 Prætoriæ, quæ *à merô prætoris officiô proficiscuntur*, veluti *damni infecti*, vel *legatorum.* Prætorias autem stipulationes sic exaudiri oportet, ut in his contineantur etiam *ædilitiæ*: nam et hæ à jurisdictione veniunt.

Las estipulaciones pretorias son las que dependen exclusivamente del oficio del pretor, como las relativas á un daño inminente, ó á los legados. En las estipulaciones pretorias se comprenden tambien las edilicias, porque, como ellas, proceden de la jurisdiccion. 2

(1) Leyes 7 y 12, tit. V, lib. VIII; ley 16 y §. 10, ley 25, tit. II, lib. X del Dig.
(2) Ley 7, tit. V, lib. VIII del Dig.

ORÍGENES.

Copiado de Pomponio. (§. 5, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

A merô prætoris officiô proficiscuntur.—El magistrado exigia las estipulaciones pretorias, ya cuando se trataba de formalizar un pleito, si antes de pasar su conocimiento al juez, era necesario que se dieran garantías al demandante para que no sufriera un perjuicio irreparable, ya cuando, sin pleito, así lo reclamaba la equidad ó la justicia. Debo advertir que aquí solo se habla de las estipulaciones que siempre por su naturaleza son pretorias, no de las que, mandándose dar unas veces por el magistrado y otras por el juez, tienen la denominacion de comunes, de las que habla Justiniano en el párrafo cuarto de este mismo título. A estas estipulaciones pretorias da Ulpiano (1) el nombre de *cautionales*, y el de *actiones* por la semejanza que tienen con ellas (2); así es que cuando uno es demandado para que las preste puede oponer compensacion. Celébranse estas estipulaciones por medio de fiadores, *satisdationes*, aunque á veces tambien se hacen por promesa de las partes, *repromissiones*. En el caso de que se suscite alguna duda sobre la verdadera inteligencia de las estipulaciones pretorias, al magistrado corresponde fijar su sentido, porque él es, como dice Venuleyo (3), el que sabe la intencion con que las pide.

Damni infecti.—El daño que causan á otro las cosas que nos pertenecen, en tanto nos obliga, en cuanto no abandonamos el objeto que lo ocasionó: así, cuando un edificio cae sobre la heredad del vecino causándole perjuicio, no tiene este derecho para reclamar contra el que era dueño de la casa que se destruyó; esto dicen expresamente Cayo (4) y Ulpiano (5), manifestando el primero que la opinion comun es que ni aun está obligado el que era dueño del edificio arruinado á limpiar de escombros la heredad á que ha perjudicado cuando abandona todas las ruinas, y dando el segundo por razon de esto, que, así como el dueño del animal que comete un daño, no puede por regla general ser obligado mas que á entregarlo en *noxa*, con mucha mayor razon debe ser esta doctrina extensiva á las cosas inanimadas, porque el animal que hizo el daño continúa existiendo, y el edificio ó parte de él ha dejado de existir. A fin de

(1) §. inicial, ley 1, tít. V, lib. XLVI del Dig.
(2) §. inicial, ley 37, tít. VII, lib. XLIV; y §. 2, ley 1, tít. V, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 9, tít. V, lib. XLVI del Dig.
(4) Ley 6, tít. II, lib. XXXIX del Dig.
(5) §. 1, ley 7 del mismo título y libro.

evitar este daño y tener accion en su caso para reclamar los perjuicios, compete al que teme que sobre su heredad se desplome el edificio ageno, el derecho de exigir que el dueño de este se obligue anticipadamente, dándole garantia de que en caso de ruina será indemnizado cumplidamente. Esta es la caucion *damni infecti*: la palabra *infecti* quiere decir *non facti*. La garantía de que se trata es exclusivamente propia de la jurisdiccion del pretor, el cual en caso de urgencia puede delegar al efecto en los magistrados municipales (1); se hace ó por promesa ó por fiadores, *interdùm repromittitur, interdum satisdatur*. En ella debe fijarse siempre un término, porque de lo contrario se gravaria indebidamente á aquel á quien se impone; pero esto no es obstáculo para que pasado el término y continuando el peligro, pueda otra vez exigirse la caucion. Si aquel á quien el pretor manda afianzar, no lo hiciere en el término al efecto señalado, el demandante será puesto en posesion del edificio ruinoso, *in possessionem ejus rei mittendus est* (2), *mittetur in possessionem* (3); posesion de hecho, cuyo principal objeto es apremiar á que se dé la fianza, y que no autoriza á expeler al propietario que continúa siendo el verdadero poseedor de la cosa, si bien da facultad á aquel á quien se concede, para que se instale en la casa con el dueño (4). Mas si aquel á quien se mandó afianzar, se obstina y se niega á hacerlo despues de una nueva órden del pretor dada con conocimiento de causa, se otorgará al demandante la verdadera posesion, *ut possidere liceat* (5), *possidere jubet* (6), cuya posesion produce todos los efectos legales, pudiendo ser expelido de la casa el propietario (7) y adquiriendo aquel á quien se da, el derecho de prescribirla (8),

Legatorum.—La estipulacion pretoria *legatorum* se hacia siempre por medio de fiadores. Cuando se habian dejado legados ó fideicomisos á término ó bajo condicion (9), y aun cuando, siendo simples, se oponia algun obstáculo á la entrega de lo dejado por el testador, podia suceder muy bien que al cesar esta dificultad ó este impedimento, al llegar el dia ó al cumplirse la condicion, el heredero fuera insolvente, de lo que seria consecuencia que los legatarios y fideicomisarios que no habian podido antes entablar legal-

---

(1) Ley 1; y §. 3, ley 4, tit. II, lib. XXXIX del Dig.
(2) §. 1, ley 4 del mismo título y libro.
(3) Ley 23 del mismo título y libro.
(4) §. 20, ley 15 del mismo título y libro.
(5) §. 4, ley 4 del mismo título y libro.
(6) §. 21, ley 15 del mismo título y libro.
(7) §. 23, ley 15 del mismo título y libro.
(8) §. inicial, ley 5; y §. 15, ley 18 del mismo título y libro.
(9) §§. inicial y 14, ley 1, tit. III, lib. XXXVI del Dig.

mente su accion, perdiesen lo que el testador habia querido dejarles. Para evitar esto, se les concedia el derecho de acudir al pretor, el cuál obligaba al heredero á garantir por medio de fiadores el pago oportuno del legado ó del fideicomiso; y, en caso de rehusarlo el heredero, ponia á los legatarios y fideicomisarios en posesion de los bienes de la herencia, posesion que se limitaba á la custodia sin conferir ningun título de verdadera posesion ni de propiedad (1).

Ædilitiæ.—Antes de ahora se ha dicho que los ediles concurrieron con el pretor á formar el derecho honorario: ahora debe añadirse que tenian, del mismo modo que estos magistrados, autoridad para hacer contraer ciertas estipulaciones. A esta clase de estipulaciones pertenece aquella en virtud de la cual hacian prometer al vendedor que la cosa vendida estaba exenta de los vicios redhibitorios (2), garantía que se daba solo por promesa (3). En este caso, además de las acciones que nacen del contrato de venta, la estipulacion edilicia que daba lugar á un segundo contrato, prestaba otra accíon particular á favor del comprador, en virtud de la cual conseguia su cumplida indemnizacion si la cosa no estaba exenta de los vicios en cuya consideracion habia sido garantida en la estipulacion.

3 Conventionales sunt, quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur, hoc est, neque jusu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium. Quarum totidem genera sunt—pænè dixerim—rerum contrahendarum.

Estipulaciones convencionales son aquellas que se forman solo por la voluntad de los contrayentes, esto es, que no traen su orígen ni de una órden del juez ni del pretor, sino de la libre voluntad de los que las celebran. Son de tantas clases, por decirlo así, cuantas son las obligaciones que pueden contraerse. 3

ORÍGENES.

Tomado de Pomponio. (§. inicial, ley 5, tít. I, lib. XLV del Dig.)

4 *Communes* sunt stipulationes, veluti *rem salvam fore pupilli*: nam et prætor jubet, rem salvam fore pupillo caveri, et interdùm judex, si alitèr expediri hæc res non potest; vel *de ratô* stipulatio.

Es ejemplo de las estipulaciones comunes la que garantiza que serán salvos los intereses del pupilo, porque unas veces es ordenada por el pretor y otras por el juez, si de otro modo no puede verificarse (*a*). A esta clase pertenece tambien la estipulacion en que uno promete que hará que otro ratifique lo que él hace (*b*) 4

(1) Ley 5, tit. II, lib. XXXVI del Dig.
(2) §. 1, ley 1, tit. I, lib. XXI del Dig.
(3) §. 2, ley 19; y ley 20 del mismo título y libro.

ORÍGENES.

(a) Tomado de Pomponio. (§. inicial, ley 5, tit. I, lib. XLV del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 1, tit. V, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Communes.—Se dá la denominacion de *estipulaciones comunes* á aquellas que ordinariamente exige el magistrado, pero que por escepcion pueden ser ordenadas por el juez. No es exactamente esta significacion la que dá Ulpiano á la frase *estipulaciones comunes,* pues considera como tales á aquellas que tienen por objeto obligar al demandado á presentarse delante del magistrado para contestar á la demanda (1), fundándose sin duda en que por una parte tienden á asegurar el juicio, en cuyo concepto les cuadra perfectamente la denominacion de *judiciales,* y por otra hacen veces de accion, bajo cuyo punto de vista son *caucionales* ó *pretorias.* Mas aunque en el Digesto se encuentra un fragmento de Ulpiano favorable á esta significacion (2), no es asi como generalmente se entiende la frase *estipulaciones comunes* en el derecho de Justiniano.

Rem salvam fore pupilli.—En otro lugar (3) se ha visto que algunos tutores y curadores deben dar fianza del buen desempeño de sus respectivos cargos, para que en todo evento por falta de su responsabilidad no queden defraudados los intereses de los pupilos y de los menores. Esta fianza se exige comunmente por el pretor y debe preceder á todos los actos de la administracion, de tal modo que la sentencia pronunciada contra un tutor que litiga por su pupilo antes de afianzar, es nula (4). Mas en el caso de que se empeñase litigio ante el juez con un pupilo, cuyo tutor estando obligado á dar fianza no lo hubiera hecho, bien fuese por descuido del pretor, bien por ignorar las circunstancias particulares de la clase de tutela, ó bien por cualquier otra causa, podia obligar el juez al tutor á que afianzase, tan luego como lo reclamara ó el demandado ó el mismo pupilo, porque de otro modo no podria ir adelante el juicio ni producir efecto la sentencia.

De rató.—En el título X del Libro IV, explicaré, como en lugar mas oportuno, esta clase de estipulacion.

---

(1) §. 1, ley 1, tit. V, lib. XLVI del Dig.
(2) §§. 1 y 3, ley 1, del mismo título y libro.
(3) Tit. XXIV, lib. 1 de estas Inst.
(4) Ley 3, tit. XLII, lib. V del Cód.

Comparacion de las doctrinas de este título, con las del derecho español.

No existiendo en España diferencia entre los jueces y magistrados en el sentido que la establece el derecho romano, se consideran por el nuestro de igual clase las estipulaciones que los romanos distinguian con los nombres de pretorias, judiciales y comunes.

TITULUS XIX.	TITULO XIX.
De inutilibus stipulationibus.	De las estipulaciones inútiles.

Tratar de las estipulaciones inútiles es lo mismo que exponer las condiciones necesarias para la validez del contrato verbal, porque el conocimiento de las causas que vician los contratos conducen al de los requisitos que son necesarios para su subsistencia; por lo tanto este título puede considerarse como continuacion del XV en que se habla *del contrato verbal*. Dáse el nombre de *estipulaciones inútiles* á aquellas que no producen una accion para poder exigir su cumplimiento. Debo advertir aquí que en este título se comprenden muchas doctrinas que no son especiales á las estipulaciones, sino comunes á todos los contratos, y que el buen método exigia que hubieran sido expuestas como reglas generales antes de empezar á tratarse de cada una de las clases de obligaciones convencionales. Dimana esto de que la estipulacion era entre los romanos la forma mas frecuente de obligarse, y por consiguiente á ella se referian con preferencia los jurisconsultos al dar sus respuestas y al explicar la teoría general de los contratos.

Para mayor claridad de las materias de este título, que en verdad no puede presentarse como modelo de método, me parece conveniente hacer algunas indicaciones generales que conduzcan á la unidad y cohesion de las diferentes doctrinas que se exponen en sus textos. Omitiré hacer citas, porque cada uno de los principios que en esta introduccion expongo, tendrá el conveniente desarrollo en lo sucesivo.

Para que una estipulacion sea eficaz, ó lo que es lo mismo, para que no sea inútil, se requiere: 1.° Que tenga todas las condiciones esenciales á un contrato. 2.° Que tenga todas las condiciones esenciales que se refieren particularmente á la estipulacion. 3.° Que no esté subordinada á una condicion imposible. 4.° Que pueda ser ejecutada.

Consistiendo las condiciones esenciales de todo contrato en el consentimiento libre de los contrayentes, en una cosa ó hecho que sea su objeto, y una causa licita que lo motive, se infiere que no puede existir la estipulacion cuando no hay avenencia en la obligacion entre el que pregunta y el que responde; cuando las personas que intervienen en el contrato, por razon de su edad ó de su incapacidad moral, no tienen suficiencia para consentir; cuando las cosas deducidas en la estipulacion no existen y no pueden existir, ó estan fuera del comercio; ó cuando la causa de la obligacion se opone á la moral ó á las leyes. En todos estos casos ni aun obligacion natural nace de la estipulacion, que es viciosa bajo cualquiera de los aspectos referidos.

Las condiciones particularmente esenciales á la estipulacion consisten en la congruencia entre las palabras de la pregunta y de la respuesta, segun queda expuesto, y en que tanto el estipulante como el promitente conozcan su valor y su relacion: la falta de esta congruencia hace civilmente nula la obligacion, aun dado caso de que exista una obligacion natural.

Aunque hay cierta clase de consentimiento al hacerse una obligacion con cláusula imposible, como el hecho á que se subórdina, no puede realizarse, es lo mismo que si no se hubiera consentido.

No puede realizarse la estipulacion cuando la persona que la hace no tiene la capacidad civil que es indispensable para contraer obligaciones, cuando se promete en nombre de otro, cuando se estipula para una persona bajo cuyo poder no está el estipulante, cuando se hace para adquirir una cosa que nos pertenece, y cuando llegan á confundirse los conceptos de deudor ó promitente con los de acreedor ó estipulante.

Estas ligeras indicaciones, que he expuesto para presentar bajo un solo punto de vista las doctrinas que este título comprende, van á ser sucesivamente desenvueltas en los textos que paso á comentar.

Omnis res, quæ *dominio nostro subjicitur*, in stipulationem deduci potest, *sive* illa *mobilis*, *sive soli* sit.	Pueden ser objeto de estipulacion todas las cosas que estan sometidas á nuestro dominio, sean muebles ó inmuebles.

Comentario.

Dominio nostro.—Solamente las cosas susceptibles de propiedad y de derechos, y por lo tanto solo las que estan en el comercio, pueden ser objeto de estipulacion.

Subjicitur.—No solo las cosas que estan sujetas á nuestro domi-

nio, sino tambien las que pueden estarlo y aun las que no existen, pero que pueden existir, como los frutos de un fundo y el parto de las esclavas (1), son objeto de estipulacion. Como en otro lugar se ha dicho, cuando las cosas que no existen, pero que pueden existir, se deducen en un contrato, implícitamente lleva este envuelta la condicion de su nacimiento, aunque la fórmula sea de una obligacion pura.

Sive mobilis, sive soli. —Además de las cosas muebles é inmuebles, pueden ser tambien deducidas en estipulacion las incorporales, como se dijo al hablar del usufructo (2) y de las servidumbres prediales (3); y asimismo los hechos ó la omision de los hechos, segun queda expuesto en uno de los títulos precedentes (4).

1 At, si quis rem, quæ *in rerum naturâ non est*, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis
2 erit stipulatio. Idem juris est, si *rem sacram* au *religiosam*, quam humani juris esse credebat, vel *publicam*, quæ usibus populi perpetuò exposita sit, ut forum vel theatrum, vel *liberum hominem*, quem servum esse credebat, vel *cujus comercium non habuerit*, *vel rem suam* dari quis stipuletur (*a*). *Nec in pendente* erit stipulatio ob id, quod publica res in privatum deduci, et ex liberô servus fieri potest, et commercium adipisci stipulator potest, et res stipulatoris esse desinere potest: sed protinùs inutilis est. Itèm contrà, *licèt initiô utilitèr res in stipulatum deducta sit*, si posteà in earum quâ causâ, de quibus supra dictum est, *sine factô promissoris* devenerit: extinguetur stipulatio. Ac ne statìm ab initiô talis stipulatio valebit, Lucium Titium cum servus erit, dare spondes? et

Mas si alguno estipula una cosa que ni existe ni puede existir, por ejemplo, al esclavo Stico que ha fallecido, estando el estipulante en la persuasion de que vivia, ó un hipocentauro cuya existencia es imposible, la estipulacion será inútil. 1
Lo mismo sucede si alguno estipula una cosa sagrada ó religiosa que creia profana, ó una cosa pública destinada al uso perpétuo del pueblo, como una plaza, ó un teatro, ó un hombre libre que reputaba esclavo, ó una cosa que para él estaba fuera del comercio, ó que era suya propia (*a*). Y no estará en suspenso la estipulacion porque la cosa pública puede hacerse privada, el hombre libre constituirse en esclavo, ó porque el estipulante pueda adquirir el comercio de la cosa, ó dejar de ser suya aquella que estipuló: la estipulacion en todos estos casos está afecta á nulidad desde su origen. Por el contrario, aunque en el principio se haya deducido útilmente una cosa en la estipulacion, si despues, sin mediar ningun hecho por parte del promitente, vie- 2

(1) Ley 73, tít. I, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 1, tít. IV, lib. II.
(3) §. 4, tít. III, lib. II.
(4) §. 7, tít. XV, lib. III.

similia: quia, quæ naturâ sui dominio nostro exempta sunt, in obligationem deduci nullô modô possunt (*b*).

ne á parar en uno de los casos de que antes hemos hablado, se extinguirá la estipulacion. Será tambien nula desde su orígen esta estipulacion: ¿ME OFRECES DAR Á LUCIO TICIO CUANDO SEA ESCLAVO? ú otras semejantes, porque las cosas que por su naturaleza estan exentas de nuestro dominio, no pueden ser de ningun modo objeto de estipulacion (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo (§. 97, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 5, ley 83, tit. I, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

In rerum naturâ non est.—Si estas palabras se consideraran aisladamente, darian un sentido falso, porque, segun queda dicho en el comentario que antecede, las cosas, que no tienen una existencia propia, pero que pueden tenerla, son válidamente objeto de las obligaciones. Así es que las palabras *In rerum naturâ non est*, deben considerarse como formando un todo con las siguientes *aut esse non potest*, estando puesta la partícula disyuntiva *aut*, en lugar de la conjuntiva *et*, cosa que sucede algunas veces en el Derecho, como advierte el Digesto al tratar de la significacion de las palabras (1).

Rem sacram, religiosam, publicam, liberum hominem.—Cuando las cosas que son objeto de la estipulacion estan exentas del comercio de una manera absoluta, el contrato es nulo del mismo modo que cuando las cosas no existen ni pueden existir. Respecto á esto no podia caber la menor duda en caso de que supiera el estipulante que la cosa de que se trataba, estaba fuera del comercio; el texto precedente dice que sucederá lo mismo en el de que lo ignorase, y la razon consiste en que no es capaz la cosa de propiedad privada. Esta nulidad existe desde el nacimiento de la estipulacion, por lo cual si la cosa exenta absolutamente del comercio de los hombres fué objeto de una estipulacion á término ó bajo condicion, aunque se haya hecho de enagenacion libre, cuando llegue el dia ó la condicion se cumpla, será siempre ineficaz el contrato, porque nació muerto; y asi los contrayentes no podrán estipular útilmente la cosa que está fuera del comercio ni aun para el caso en que llegue á ser de libre enagenacion. Consecuencia de lo dicho es que el estipulante, de cuya

(1) Ley 53, tit. XVI, lib. L del Dig.

ignorancia abusó el promitente, no tenga derecho á reclamar ni la misma cosa ni los daños é intereses, porque como la estipulacion es un contrato de derecho estricto, no puede dar lugar á que se pida otra cosa que la prometida, la cual, segun se ha dicho, no es objeto de una accion. Vinnio, sin embargo, movido por razones de equidad y adhiriéndose á la opinion de Fabro, cree que en todos aquellos casos en que la estipulacion proviene de una causa onerosa, si el estipulante tiene buena fé y el promitente mala, compete la accion de dolo al engañado. Mas en los contratos de buena fé está fuera de duda que hay remedio á favor del agraviado: así en el caso de que se venda una cosa sagrada, religiosa ó pública, ó un hombre libre al que creia que estaban en el comercio, no estará el comprador privado de la reclamacion de daños é intereses, como dice el Emperador mas adelante (1).

Cujus commercium non habuerit.—Proponiéndose el estipulante conseguir en virtud del contrato lo que no puede pertenecerle, la estipulacion es inútil, aun en el caso de que, por regla general, esté en el comercio la cosa que es objeto de la estipulacion: por esto el tutor no puede adquirir por efecto de este contrato los objetos que están bajo su administracion (2). Mas si la cosa no está exenta del comercio del estipulante, pero sí del promitente, entonces la estipulacion será eficaz (3), porque, como observa Vinnio, ni la prestacion de la cosa ni la adquisicion del estipulante son imposibles.

Vel rem suam.—Es inútil la estipulacion de lo que es nuestro, porque nadie puede adquirir lo que ya es suyo, y por lo tanto en este caso ni aun se debe el precio. Puede, sin embargo, estipular el dueño de una cosa que se le dé el precio ó la estimacion, porque el dueño de la cosa no lo es del precio: como tambien que se le restituya la cosa que está poseida por otro, estipulacion que en muchos casos puede producirle ventaja (4).

Nec in pendente.—Tiene aplicacion en este caso la regla, de que en otro lugar se ha hablado: *quod initiô vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.*

Licet initiô utilitèr res in stipulatum deducta sit.—Cuando las cosas que en un principio pudieron ser válidamente objeto de estipulacion, perecen ó dejan de estar en el comercio sin culpa del que las prometió, la estipulacion es inútil; lo cual se funda en el principio que establece que el deudor de una cosa determinada se li-

---

(1) §. 5, tit. XXIII de este mismo libro.
(2) §. 7, ley 34; y ley 46, tit. I, lib. XVIII del Dig.
(3) Ley 34, tit I, lib. XLV del Dig.
(4) §. inicial, ley 82, tit. I, lib. XLIV del Dig.

berta cuando esta perece (1). De aquí se infiere que semejante doctrina no se extiende al caso de que en lugar de ser la especie lo que se estipule, sea el género, porque el género, como suele decirse, nunca perece. Estas reglas no son peculiares á las estipulaciones, sino que comprende toda clase de contratos.

¿Qué sucederá, preguntan algunos, si la cosa que al tiempo de la estipulacion estaba en comercio, y despues salió de él, volviese á ser susceptible de propiedad privada? ¿Renacerá ó no la estipulacion? Está decidido expresamente que no renazca, segun la opinion de Paulo (2), no conforme en este punto con la de Celso (3), aunque ambas están insertas en el Digesto, siendo esto una de las contradicciones que se escaparon á Triboniano y á sus compañeros. Así, siguiendo la opinion de Paulo, si uno promete á otro un esclavo determinado y este adquiere la libertad sin un hecho del deudor, el deudor quedará exento de la obligacion, aunque el liberto vuelva á recaer en esclavitud.

Parece, por las razones expuestas, que cuando alguno estipula una cosa agena y adquiere despues su dominio, la estipulacion debe ser inútil; más no sucede siempre así. En efecto, cuando la promesa se ha hecho por mera liberalidad, queda descargado de ella el deudor si el estipulante ha adquirido la cosa tambien por otro título gratuito (4), porque tiene aquí lugar la regla que se consignó respecto á los legados (5), de que dos causas lucrativas acerca de una misma cosa no pueden concurrir en una misma persona. Por el contrario, si el estipulante adquirió la cosa por título oneroso, no quedará el promitente libre de la obligacion, bien fuere la estipulacion por causa onerosa ó lucrativa, como tampoco lo quedará en el caso de que la promesa sea por título oneroso, aunque la cosa se haya hecho del estipulante por título lucrativo, doctrina que se funda en los principios de equidad que en un punto análogo se expusieron al tratar de los legados (6). Mas como en estos casos es imposible dar la misma cosa que se estipuló, porque el estipulante es el dueño de ella, habrá de prestarse en su lugar la estimacion.

Sine factô promissoris.—Inmoral é injusto sería establecer el principio de que el deudor se libertara de la obligacion en el caso de que por un hecho suyo pereciera la cosa objeto del contrato: por esto se perpetúa la obligacion, y si bien el promitente no podrá ser

(1) Leyes 23 y 33: §. 1. ley 82; y §. 1, ley 91, tit. 1, lib. XLV del Dig.
(2) §. 5, ley 83, tit. 1. lib. XLV; y §. 8, ley 98, tit, III, lib. XLVI del Dig.
(3) § 3, ley 79, lib. XXXII del Dig.
(4) Leyes 17 y 19, tit. VII, lib. XLIV del Dig.
(5) §. 6, tit. XX, lib. II de estas Inst.
(6) El mismo §. 6.

compelido á dar la cosa estipulada, porque pereció, no se libertará de pagar su estimacion. Lo mismo sucederá en el caso de que por su demora en entregar la cosa, pereciere esta ó dejase de estar en el comercio (1).

Titium, cum servus erit, dare spondes?—La cosa que por estar exenta del comercio no es objeto de una estipulacion pura, tampoco lo será de una condicional, porque lo imposible al tiempo de contraerse la obligacion, no puede deducirse en ella (2), á lo que se agrega, que, como dice Paulo (3), no se debe esperar lícitamente que acaezcan los trastornos que suelen producir tales resultados. Mas esta doctrina no es inflexible, porque solo comprende aquellas cosas que de un modo absoluto y por sí mismas estan exentas del comercio, no las que solo lo estan accidentalmente, como sucede con los materiales agregados á un edificio, los cuales pueden ser objeto ó de un legado ó de una obligacion condicional (4). Ni debe esto parecer extraño, porque por una parte la cosa en sí misma no tiene ningun vicio para la adquisicion, y por otra la regla Catoniana (5) no es aplicable á las obligaciones condicionales.

3 Si quis alium daturum facturumve quid spoponderit, *non obligabitur*, veluti si spondeat, Titium quinque aureos daturum. Quod si *effecturum se*, ut Titius daret spoponderit, obligatur.

Si alguno promete que otro dará ó hará alguna cosa, no queda obligado: así sucede con el que ofrece que Ticio dará cinco aureos. Mas quedará obligado si dijere que hará de suerte que Ticio los dé. 3

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 38, tit. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Non obligabitur.—Fúndase esto en que el que promete que otro dará ó hará, no consiente en ser él el que haga ó dé, pues como dice Paulo (6), cada uno debe prometer por sí mismo: tampoco afectará su promesa á la persona respecto á la que prometió que daria ó haria, porque ninguno queda obligado en virtud del contrato que otro celebra (7).

Effecturum se.—No es necesario precisamente para quedar obli-

(1) §. 2, ley 91, tít. I, lib. XLV; y §. 1, ley 58, tit. I, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 5, ley 83, tit. I, lib. XLIV del Dig.
(3) §. 2, ley 34, tit. I. lib. XVIII del Dig.
(4) §. 1, ley 41, lib. XXX del Dig.
(5) §. 2, dicha ley 41.
(6) §. inicial, ley 83, tit. I, lib. XLV del Dig.
(7) Ley 3, tit. XII, lib. IV del Cód.

gado, prometer hacer que otro dé ó haga: basta ofrecer que se pondrán los medios para que haga ó dé, en cuyo caso estará obligado el promitente á cumplir la obligacion en los términos que estipuló. Esto algunas veces se sobreentiende, aunque no se exprese: asi sucede en el caso de que uno prometa que otro saldrá fiador por él (1), y lo mismo se verifica cuando un procurador, cuyo mandato es dudoso, ofrece que su principal ratificará sus actos (2).

4 Si quis alii, quam cujus juri subjectus sit, stipuletur, *nihil agit* (*a*). Planè *solutio* etiam *in extranei personam* conferri potest (veluti si quis ita stipuletur: MIHI AUT SEIO DARE SPONDES?), ut obligatio quidèm stipulatori acquiratur, *solvi* tamen *Seio etiam, invitô eô,* rectè possit, ut liberatio ipsô jure contingat, sed ille adversùs Seium *habeat mandati actionem* (*b*).

Si alguno estipula para otra persona que para aquella en cuyo poder se halla, nada vale esta estipulacion (*a*). Mas puede convenirse en que el pago se haga á una persona estraña (por ejemplo, si alguno estipula ¿PROMETES DAR Á MI Ó Á SEYO?), en cuyo caso el estipulante adquiere para sí la obligacion, pero aun contra su voluntad puede ser hecho el pago á Seyo, quedando completamente libre el promitente; el estipulante tendrá en este caso la accion de mandato contra Seyo (*b*). 4

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 103, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Scevola. (§. 4, ley 131, tít. I, lib, XLV del Dig.)

Comentario.

Nihil agit.— Quiere decir, que el que estipula para otro en cuyo poder no está, ni adquiere obligacion para este ni para sí mismo: no para el estraño, porque, como se verá mas adelante, las obligaciones se hacen para que cada uno adquiera lo que le conviene, y en el sentido de la ley no interesa á uno que se dé á otro alguna cosa (3), teoría que se explicará mas en este mismo título (4); tampoco adquiere para sí, porque no ha sido comprendida semejante obligacion en el contrato. El texto no habla de las personas sometidas al poder ageno, las cuales pueden adquirir para su dueño ó para su padre respectivamente. Puesto que el derecho considera al heredero como continuacion jurídica de la persona del testador, es claro que vale la estipulacion que uno hace para sí y para su heredero, ó para su heredero solamente, porque con arreglo á una constitucion de Justinia-

(1) §. 2, ley 14, tit. V, lib. XIII del Dig.
(2) Tit. VIII, lib. XLVI del Dig.
(3) §. 17, ley 38, tit. I, lib. XXXIV del Dig.
(4) Al comentar el §. 18.

no (1) pueden comenzar las acciones en los herederos. Hay, sin embargo, algunas personas que por razon de oficio son capaces de adquirir para otro, si bien de su contrato no nacerá una accion directa sino solo útil; á esta clase pertenecen el tutor, el curador, el actor de la ciudad y algunas veces el procurador.

Solutio in extranei personam.—En este caso no se viola el principio de que uno no pueda estipular para otro, pues la persona añadida está aquí puesta solo para el efecto de que á ella pueda hacerse el pago, no para que adquiera.

Mihi aut Seio dari spondes?—No debe confundirse el caso en que uno estipule *que se dé á sí ó á Seyo,* con aquel en que estipula *para sí y para Seyo*: en el primer caso la conjuncion disyuntiva indica que la persona no ha sido agregada al contrato para la adquisicion de la estipulacion, sino solo para que á ella pueda hacerse el pago; en el segundo, la conjuncion copulativa indica que son dos las personas para quienes se estipula, caso de que habla á continuacion Justiniano. Relativamente al de que uno prometa dar á mí ó á Seyo, que es el de este texto, debe observarse que el estipulante adquiere para sí toda la cantidad prometida, y el promitente puede pagar ó al estipulante ó á la persona añadida en la estipulacion.

Solvi Seio.—El promitente en el caso del texto puede pagar no solamente al estipulante ó á Seyo, sino tambien parte de lo prometido al uno y parte al otro (2). Esto es de tal manera, que ni la calidad de la persona añadida á fin de poder hacer el pago, será obstáculo para que deje de libertarse el promitente: así en el caso del texto si Seyo fuese esclavo ageno ó pupilo, podria pagársele lo estipulado sin que respectivamente intervinieran su dueño (3) ó su tutor (4). Esto se funda en que el pago verificado á la persona añadida en la obligacion, se entiende hecho al mismo estipulante (5); mas si la persona añadida sufriese capitis diminucion, no se le podrá hacer el pago, porque el contrato implícitamente lleva la condicion de que permanezca en el mismo estado (6).

Etiàm invitô eô.—Lo mismo sucede en el caso de que el estipulante expresamente prohiba al promitente hacer el pago á la persona añadida en el contrato: la razon consiste en que la estipulacion tiene una cláusula que no puede ser reformada por el estipulante que la puso (7).

---

(1) Ley única, tít. XI, lib. IV del Cód.
(2) §. inicial, ley 71, tít. III, lib. XLVI del Dig.
(3) §. inicial, ley 9, tít. II, lib. XLVI del Dig.
(4) Ley 11 del mismo título y libro.
(5) Ley 59 del mismo título y libro.
(6) § inicial, ley 38 del mismo título y libro.
(7) §. 3, ley 12, tít. III, lib. XLVI del Dig.

Habeat mandati actionem.—La persona añadida se considera como mandatario ó procurador del estipulante, y de aquí proviene que se dé contra él la accion que nace inmediatamente del mandato á favor del mandante.

4 Quod si quis *sibi et alii cujus juri subjectus non sit,* dari decem aureos stipulatus est, valebit quidèm stipulatio: sed, utrùm totum debeatur, quod in stipulationem deductum est, an verò pars dimidia, dubitatum est, sed placet, non plùs quàm partem dimidiam ei acquiri (*a*). *Ei, qui tuo juri subjectus est,* si stipulatus sis, tibi acquiris, quia *vox tua tamquàm filii* sit, sicuti *filii vox tamquàm tua* intelligitur in his rebus, *quæ tibi acquiri possunt* (*b*).

Si alguno estipula que se den diez áureos á él y á otro á cuyo poder no se halla sometido, valdrá la estipulacion; mas se ha dudado si en este caso se deberá todo lo deducido en la estipulacion ó solamente la mitad: nosotros decidimos que no se adquirirá mas que la mitad (*a*). Adquieres para tí lo que estipulas para aquel que esté en tu poder, porque tu palabra es como la palabra de tu hijo, del mismo modo que la palabra de tu hijo es como la tuya en las cosas que para ti pueden ser adquiridas (*b*). 4

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Pomponio. (Ley 110, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 39, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Sibi et alii, cujus juri subjectus non sit.—He dicho en el comentario anterior que si uno estipula para sí y para Seyo, la conjuncion copulativa indica que son dos las personas para quienes se estipula; y es consiguiente á los principios establecidos que la estipulacion valga por lo que al estipulante se refiere, pero no en lo que hace relacion á Seyo. Mas podia dudarse si en este caso se debia toda la cosa ó toda la suma deducida en estipulacion, ó solo parte de ella. Divididas estaban en este punto las antiguas escuelas: los Sabinianos decian que se debia todo lo estipulado, y consideraban por lo tanto al estipulante como acreedor *in solidum* de toda la cantidad ó cosa que era objeto del contrato (1); los Proculeyanos, por el contrario sostenian que se debia solamente la mitad, opinion á que Justiniano se adhirió, y á mi modo de entender, con sobrado fundamento. No es esto aplicable á la venta (2), porque como en ella el precio guarda relacion con la cosa vendida, se debe integramente al que compra.

Ei, qui tuo juri subjectus est.—La refundicion legal de los escla-

(1) §. 103 del Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) Ley 4, tít. IV, lib. VIII; y ley 64, tít. I, lib. XVIII del Dig.

vos y de los hijos de familia en las personas de los señores ó de los padres, explica la doctrina del texto.

Vox tua tamquam filii, filii vox tamquam tua.—Frases significativas puestas aquí, porque en el contrato verbal la voz del que pregunta y la del que responde son la causa de la obligacion.

Quæ tibi acquiri possunt.—Aluden estas últimas palabras del texto á las adquisiciones que los hijos pueden hacer independientemente de los padres por razon de los peculios.

Las doctrinas de este párrafo y de los dos que preceden, tendrán mayor ampliacion en los 19, 20 y 21 de este mismo título.

5 Præthereà inutilis est, stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus erit, *non respondeat, veluti, si decem aureos* à te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contrà; aut, si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contrà (*a*), si modò scilicèt id exprimas, id est, si cui, sub conditione vel in diem stipulanti, tu respondeas: PRÆSENTI DIE SPONDEO. Nam *si* hoc solum *respondeas*, PROMITTO, brevitèr videris in eamdem diem aut conditionem spopondisse: nec enim necesse est in respondendò eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit (*b*).

5 Además es inútil la estipulacion si la respuesta no concuerda con la pregunta, por ejemplo, si estipulando uno que tú le des diez áureos, tú le prometes cinco, ó al contrario; ó si uno estipula puramente y tú prometes bajo condicion, ó viceversa (*a*), con tal que expreses esta diferencia, esto es, que respondas á aquel que estipula bajo condicion ó á cierto dia, PROMETO HOY; porque si contestas PROMETO, se considerará que has ofrecido, aunque con una fórmula mas breve, conformándote con el término ó con la condicion que se expresaron en la pregunta: no es, pues, necesario repetir en la respuesta todo lo que el estipulante haya expresado en la pregunta (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 102, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 3, ley 1, tít. 1, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Non respondeat.—La congruencia entre la pregunta y la respuesta, el perfecto conocimiento de la cosa que es objeto de la estipulacion, y la voluntad de uno para estipular y del otro para prometer, segun se ha visto antes, son cosas esenciales al contrato verbal, sin que resulte obstáculo para él de la diversidad de idiomas en que se conciba: de esto se infiere que siempre que no haya congruencia entre la pregunta y la respuesta, ó acerca de la intension ó de la extension de la obligacion, la estipulacion no vale.

Veluti, si decem aureos.—No están acordes las Instituciones con el Digesto en el particular de que se trata: antes bien es este punto uno de tantos en que el derecho romano presenta antinomias. El Emperador Justiniano dice aquí, siguiendo á Cayo, cuya cita queda acotada en los orígenes, que si uno estipula diez, y solamente se le prometen cinco, ó por el contrario, si estipulando cinco, se le prometen diez, la estipulacion es inútil: sin duda se funda esta decision en que los contrayentes consideran la obligacion como indivisible, ó lo que es lo mismo, que no reputan que en ella se comprendan tantas estipulaciones, cuantas son las unidades que forman una cantidad. Pero fragmentos de Ulpiano (1) y de Paulo (2) insertos en el Digesto, y de consiguiente con fuerza legal en el derecho romano, dicen que la estipulacion vale respecto á la cantidad concurrente, esto es, respecto á cinco áureos en los casos propuestos, motivándolo el primero en que por estar la suma menor incluida en la mayor, hay en lo tocante á ella congruencia entre la pregunta y la respuesta; y el segundo en que cuando hay diferencia en las cantidades, parece que se promete la menor. Algunos intérpretes se proponen destruir esta antinomia y conciliar á Justiniano con Justiniano, mas á pesar de sus esfuerzos, no me parece que lo hacen de un modo satisfactorio.

Si respondeas, promitto.—En este caso existe concordancia entre la pregunta y la respuesta, aunque no sean tan prolijos los términos en que se ha concebido esta última.

6 Itèm *inutilis est stipulatio*, si ab eò stipuleris, qui juri tuo subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidèm non solùm domino suo obligari non potest, sed ne alii quidèm ulli; *filii* verò familiàs *aliis obligari possunt* (*a*). *Mutum neque stipulari, neque promittere* posse, palàm est. *Quod et in surdô receptum est:*
7 quia et is, qui stipulatur, verba promittentis, et is, qui promittit, verba stipulantis audire debet (*b*). Undè apparet, non de eò nos loqui qui tardiùs exaudit, sed de eô, qui omninò non exaudit (*c*).

Es tambien inútil la estipulacion, 6
si tú estipulas con aquel que está sujeto á tu potestad ó él estipula contigo. El esclavo no solamente no puede obligarse con su dueño, pero ni con otro; mas los hijos de familia pueden obligarse con otros (*a*). Está fuera de duda que el mudo no puede estipular ni prometer. Lo mismo sucede con el sor- 7
do, porque el estipulante debe oir las palabras del promitente, y el promitente las del estipulante (*b*). De aquí se infiere que no hablamos en este lugar del que es tardo en oir, sino del que absolutamente no oye (*c*).

(1) §. 4, ley 1, tit. 1, lib. XLV del Dig.
(2) §. 3, ley 83 del mismo título y libro.

ORÍGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 104, Com. III de sus Inst.)
(b) Copiado de Cayo. (§. 105, Com. III de sus Inst.)
(c) Copiado de Cayo. (§. 15, ley 1, tít. VII, lib. XLVI del Dig.

Comentario.

Inutilis est stipulatio.—Frecuentemente he dicho que la representacion jurídica del esclavo estaba refundida en la de su señor, y la del hijo de familia, cuando de negocios privados se trataba, en la del padre. El señor, pues, que estipulaba con el esclavo ó prometia al esclavo, el padre que estipulaba con el hijo ó prometia al hijo, en la acepcion legal ó estipulaban ó prometian para sí. Este rigor, sin embargo, respecto al hijo de familia fué mitigándose, ya por la introduccion de los peculios castrense y cuasi-castrense (1), ya reconociendo obligaciones naturales, si bien no fortalecidas con el vínculo del derecho civil, entre los padres y los hijos (2).

Filii aliis obligari possunt.—Cayo dice en uno de sus fragmentos, inserto en el Digesto (3), que el hijo de familia en todos los negocios se obliga como padre de familia: mas esto debe entenderse esceptuando el contrato del mútuo, como se verá al tratar del senado-consulto Macedoniano.

Mutum neque stipulari, neque promittere.—El que es incapaz de articular las palabras que son indispensables para la existencia del contrato verbal, no puede obligarse por este medio que consiste todo en la congruencia entre la pregunta y la respuesta, ni obligar á otros.

Quod et in surdô receptum est.—El que no oye no puede conocer la clase, ni la intension, ni la extension de una obligacion cuya fuerza dimana exclusivamente de las palabras con que se formula.

8 Furiosus *nullum negotium gerere potest,* quia non intelligit, quid agit.	El furioso no puede celebrar ningun acto jurídico, porque no sabe lo que hace. 8

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 106, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Nullum negotium gerere potest.—Bajo este aspecto la condicion de los furiosos es peor que la de los pupilos: los furiosos no pueden

(1) Ley 4, tít. I, lib. V del Dig.
(2) Ley 38, tít. VI, lib. XII del Dig.
(3) Ley 39, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

celebrar ningun acto civil ni aun con la intervencion de sus guardadores (1), al paso que los pupilos que han salido de la infancia, pueden hacerlo con la autoridad de sus tutores, como se expresa en el texto inmediato.

A pesar de que frecuentemente se equiparan en el derecho de los furiosos á los pródigos (2), no así en el caso presente, puesto que la estipulacion hecha por el pródigo es válida, aunque no la promesa (3), La razon consiste en que la prodigalidad no se ejerce estipulando, sino prometiendo.

9 Pupillus omne negotium rectè
gerit: ità tamèn, ut, sicubì *tutoris auctoritas necessaria sit*, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur;
nam alium sibì obligare etiam sine
10 tutoris auctoritate potest (*a*). Sed
quod diximus de pupillis, utiquè de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent; nam infans, et qui infanti proximus est, non multùm à furiosô distant, quia hujus ætatis pupilli nullum intellectum habent; sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. (*b*). Sed qui in parentis potestate est impubes, *nec auctore quidèm patre obligatur* (*c*).

El pupilo puede válidamente ha- 9
cer todos los negocios, con tal que intervenga el tutor en los actos que requieren su autoridad, esto es, cuando se obliga, porque puede obligar á otros á sí sin la autoridad
del tutor. (*a*). Mas lo que acabamos 10
de decir de los pupilos es solo aplicable á aquellos que tienen ya alguna inteligencia, porque el infante y el próximo á la infancia no se diferencian mucho del furioso, puesto que en semejante edad no tienen inteligencia. Respecto á los que estan próximos á la infancia, una interpretacion, que les es favorable, hace que se les repute de capacidad igual que á los próximos á la pubertad (*b*). Pero el impúbero sometido al poder paterno, no puede obligarse ni aun con la autoridad de su padre (*c*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 107, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 109, Com. III de sus Inst.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 2, ley 141, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Tutoris auctoritas necessaria sit.—En el título XXI del Libro primero de esta obra he manifestado los casos en que los pupilos podian obligarse con la autoridad de su tutor, y he desenvuelto la distinta consideracion civil que tenian con arreglo á la edad en que se hallaban

(1) Ley 5, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) Ley 40 del mismo título y libro.
(3) Ley 6, tit. I, lib. XLV del Dig.

constituidos. Lo que allí expuse sirve para comprender las doctrinas de este texto, á excepcion de sus últimas palabras.

Nec auctore quidèm patre obligatur.—No es poco lógico, como al primer golpe de vista quizá parezca, sentar la doctrina de que el hijo de familia que no ha llegado á la pubertad, aunque pase de la infancia, no pueda obligarse aun con la autoridad del padre, y que el pupilo, pasando de la infancia, tenga capacidad para obligarse con la autoridad de su tutor. Para conocer bien la razon de diferencia, debe fijarse la atencion en las distintas circunstancias que median en ambos casos. El hijo de familia no adquiere para sí, sino para su padre: suponiéndose que interviniera la autoridad del padre en la impubertad del hijo, la adquisicion siempre sería para aquel y no para este; no pudiendo, pues, el hijo obligar á otros á sí con autoridad de su padre, es á su vez justo que tampoco él se obligue á otros de este modo, puesto que de lo contrario sería muy triste su condicion, hallándose capaz de obligaciones é incapaz de derechos. No sucede así con el pupilo, el cual no adquiere para el tutor, sino para sí, y tiene, segun se ha visto, derecho para obligar á otros aun sin la autoridad del tutor, á lo que es consiguiente que á su vez quede obligado, si bien con las precauciones que son indispensables para suplir su inexperiencia, esto es, con la autoridad del tutor. Mas cuando el padre no es considerado como tal, sino como administrador de los bienes adventicios de su hijo que no ha llegado á la pubertad, puede prestar su consentimiento para que este se obligue, y la obligacion será subsistente (1). No debe perderse de vista que, como queda manifestado en uno de los párrafos anteriores (2), el hijo de familia por regla general puede obligarse á otros, y que el texto que es objeto de este comentario, se limita solamente á los que no han llegado á la pubertad.

11 Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, *nihil valet stipulatio.* Impossibilis autem conditio habetur, *cui natura impedimento est*, quominùs existat, veluti si quis ità dixerit: SI DIGITÔ COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? (*a*). At si ità stipuletur: SI DIGITÔ COELUM NON ATTIGERO DARE SPONDES? *purè facta obligatio intelligitur*, ideòque statìm petere potest (*b*).

Si se pone una condicion imposible á la obligacion, la estipulacion no vale. Repútase como condicion imposible aquella á cuyo cumplimiento se opone la naturaleza, por ejemplo, ¿SI TOCARE EL CIELO CON EL DEDO, ME PROMETES DAR? (*a*). Mas si alguno estipulare, ¿SI NO TOCARE EL CIELO CON EL DEDO, ME PROMETES DAR? la estipulacion se entiende hecha puramente, y puede ser pedido al instante su cumplimiento (*b*). 11

(1) §. 4, ley 18, tit. XXX, lib. VII del Cód.
(2) El 6, de este mismo título.

ORÍGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§. 98, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con Ulpiano. (Ley 7, tit. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Nihil valet stipulatio.—La nulidad del contrato hecho bajo una condicion imposible, no es peculiar á la estipulacion, sino comun á todas las obligaciones convencionales (1). Obsérvase desde luego una diferencia en los efectos de la condicion imposible puesta en los contratos y en las últimas voluntades, porque al paso que en aquellos anula la obligacion, en estas se tiene por no escrita. El motivo de la decision de este texto consiste en que no puede haber obligacion cuando el deudor no se ha querido obligar ni prestar su consentimiento más que para un caso que no puede nunca llegar á realizarse. Sin embargo, es necesario reconocer que no se puede dar una razon suficientemente satisfactoria para justificar por qué no se aplica esta doctrina á las disposiciones testamentarias, puesto que no es tan convincente como parece á algunos la de que en los contratos se supone que uno ha querido no obligarse, sino divertirse, y que no es de creer que en un acto tan sério como el en que uno, dominado por la idea de la muerte, ordena su postrimera voluntad, quiera usar de chanzonetas: este modo de explicar la diferencia, vendría á convertirse contra la diferencia misma, porque la condicion imposible puesta en el testamento, sería una prueba de que el testador no estaba en el lleno de sus facultades intelectuales. En esto se fundaban los Proculeyanos para considerar tambien nulas las disposiciones testamentarias subordinadas á una condicion imposible. Cayo, que como afiliado á la escuela de los Sabinianos, seguia la opinion de su secta, que fué la adoptada por Justiniano, confiesa ingénuamente que no es fácil señalar la razon de diferencia, *et sanè vix idonea diversitatis ratio reddi potest* (2). El jurisconsulto Meciano (3) dá como razon para que las condiciones imposibles anulen los contratos, la de que en ellos se requiere la voluntad de todos los contrayentes; pero la misma razon parece tambien aplicable á las últimas voluntades, puesto que requieren siempre la voluntad del testador.

Cui natura impedimento est.—A las condiciones fisicamente imposibles deben agregarse como moralmente imposibles las que se opo-

---

(1) Ley 31, tit. VII, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 98, Com. III de sus Inst.
(3) Ley 31, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

nen á las leyes y á las buenas costumbres, segun queda expuesto en otro lugar (1).

Purè facta obligatio intelligitur.—Como en el caso de ponerse una obligacion imposible negativa, el hecho de que se trata no podrá menos de verificarse, no hay realmente imposibilidad ni aplazamiento en la condicion; de modo que el hacerse esta condicion imposible es efecto de las frases con que se formula, y no de su esencia, por lo cual dice el texto que la obligacion hecha con semejante clase de condiciones se reputa como pura, y que de ella nace inmediatamente una accion eficaz. No debe hacerse extensiva esta última doctrina á la condicion impuesta al estipulante de no hacer cosa que se oponga á las leyes ó á las buenas costumbres, es decir, no se equipara la condicion negativa físicamente imposible á la condicion negativa moralmente imposible. Así es que nadie puede estipular que se le dé una cosa ó cantidad por abstenerse de un delito, y si lo hiciere la obligacion será ineficaz (2); y con razon, porque de lo contrario se seguiria que el contrato debia su orígen á una causa ilícita y reprobada. Por el contrario, puede estipularse una cosa ó cantidad para el caso en que el promitente cometa un acto contrario á la moral ó á las leyes, porque semejante estipulacion tiene por objeto fortificar las buenas costumbres: así cuando con la fórmula solemne de la estipulacion prometa el dueño de una esclava, sino la prostituye, dar á otro cien áureos, valdrá la estipulacion, porque esto es lo mismo que imponer á una accion inmoral la pena estipulada (3). Mas si bajo cualquier punto de vista la estipulacion degenerara en inmoral, entonces deberia su orígen á un acto ilícito y no seria subsistente.

12 Itèm verborum obligatio *inter absentes* concepta *inutilis est* (*a*). Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, fortè post tempus tales allegationes opponentibus, et non præsentes esse vel se vel adversarios suos contendentibus: ideò nostra constitutio *propter celeritatem dirimendarum litium* introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus *tales scripturas,*

De la misma manera es inútil la obligacion verbal hecha entre ausentes (*a*). Mas como esto daba lugar á que los hombres amigos de pleitos los suscitaran, oponiendo quizá despues de largo tiempo semejantes alegaciones, y sosteniendo que ellos ó sus contrarios no estaban presentes, nosotros para poner breve término á los litigios, hemos ordenado una constitucion dirigida á los abogados de Cesarea, en la cual man- 12

(1) Al comentar el §. 10, tit. XIV, lib. II.
(2) §. 3, ley 7, tit. XVI, lib. II del Dig.
(3) Ley 50, tit. XIV, lib. II: §. 1, ley 121, tit. I, lib. XLV del Dig.; y leyes del titulo LVI, lib. VI del Cód.

quæ præstò esse partes indicant, *omnimodò* esse *credendas*, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit, in ipsô totò die, quô conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse (*b*).

damos que se dé entera fé á las escrituras por las que conste que las partes han estado presentes, á no ser que aquel que tenga la maldad de acudir á tales medios, pruebe de la manera mas clara, bien por escritura, bien por testigos idóneos, que él ó su adversario estuvieron en otro lugar durante todo el dia en que el escrito se hizo (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 138, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con una constitucion de Justiniano. (Ley 14, título XXXVII, lib. VIII del Cód.)

Comentario.

Inter absentes inutilis est.—La razon por que el contrato verbal no podia existir entre ausentes es clara, puesto que, como se ha dicho repetidamente, pertenece á la esencia de la estipulacion que uno y otro hablen, que uno y otro oigan y se entiendan. De aquí dimana que si se prueba que ambos otorgantes ó uno de ellos no han estado presentes á la celebracion del contrato, este realmente no tendrá existencia ni producirá efecto alguno.

Propter celeritatem dirimendarum litium.—Siempre que la persona demandada para el cumplimiento de una estipulacion ó de cualquier otro contrato niegue la existencia de la obligacion que sirve de fundamento á la accion, corresponde al demandante probar la certeza del hecho que afirma, doctrina general que se formula en el principio de que *el actor debe probar su intencion*, principio de que trataré oportunamente.

Tales scripturas omnimodò credendas.—La escritura no es esencial para que quede perfeccionado el contrato de estipulacion, si bien es una prueba de que se ha celebrado, del mismo modo que puede serlo tambien la declaracion de testigos idóneos que por ciencia propia aseguren su existencia (1). Mas la escritura para probar la estipulacion, no induce una presuncion *juris et de jure*, sino *juris tantùm*, y por eso admite prueba en contrario, como lo demuestra la última parte de este texto.

13 *Post mortem suam* dari sibi nemo stipulari poterat, non magìs, quàm post mortem ejus, à quô stipulabatur. Ac ne is, qui in alicujus

Ninguno podia estipular que se le diese despues de su muerte ni despues de la muerte de aquel con quien estipulaba. El que estaba en 13

(1) Ley 12, tit. XIX; y ley 23, tit. XXI, lib. VI del Cód.

potestate est, post mortem ejus stipulare poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur. Sed et, si quis ità stipulatur, PRIDIE QUAM MORIAR, VEL PRIDIE, QUAM MORIERIS, DABIS? inutilis erat stipulatio (*a*). Sed cùm (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridiè, quàm morietur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio (*b*).

potestad de otra persona tampoco podia estipular que se le diese despues de la muerte de esta, porque se reputaba que contraia en nombre de su padre ó de su señor. Si la estipulacion se concebia en estos términos: ¿ME DARÁS EN LA VÍSPERA DE MI MUERTE Ó EN LA VÍSPERA DE TU MUERTE? la estipulacion era inútil (*a*). Mas como (segun queda dicho) las estipulaciones toman su fuerza del consentimiento de los contrayentes, hemos querido introducir una enmienda necesaria en este punto, y en su consecuencia valdrá la estipulacion, ya sea concebida para el tiempo posterior á la muerte, ó ya para la víspera de la muerte del estipulante ó del promitente (*b*.)

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 100, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Esta correccion del derecho antiguo se hizo por una constitucion de Justiniano. Ley 11, tít. XXXVII, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Post mortem suam.—Toda la teoria del derecho antiguo, relativa á las estipulaciones que se hacian para despues de la muerte ó para el dia antes de la muerte de alguno de los contrayentes, se fundaba en que las obligaciones no debian comenzar en ó contra los herederos; doctrina introducida para conservar el órden regular, la simetría de las acciones y la armonía de las formas del enjuiciamiento: esto es lo que quiere decir Cayo en las palabras *nam inelegans esse visum est, ex hæredis personâ incipere obligationem*. Justiniano, que imperó en una época en que se hallaba muy debilitado el respeto á las reminiscencias antiguas y en que habia caido en inobservancia el sistema formulario, simplificó con razon esta teoría, dando más fuerza á la voluntad de los contrayentes que á los solemnes escrúpulos del antiguo derecho. En otro lugar (1) he explicado las diferentes fórmulas de que habla este texto.

14 Itèm, si quis ità stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? *inutilis erat stipu-*

Era igualmente inútil la estipulacion concebida en estos términos: SI TAL NAVE LLEGARE DEL ASIA ¿ME 14

(1) Al comentatar el §. 35 tít. XX lib. II.

latio, quia præposterè concepta est. Sed cùm Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eamdem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit, et huic perfectum robur accommodare, ut non solùm in dotibus, sed etiàm *in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

OFRECES DAR HOY? porque semejante estipulacion estaba concebida de una manera prepóstera. Mas no habiendo creido el Emperador Leon, de gloriosa memoria, que semejante estipulacion, á que se dá el nombre de prepóstera, debiera ser rechazada en materia de dotes, nosotros quisimos darle perfecta fuerza, no solamente en las dotes, sino en cualquier otra materia.

ORÍGENES.

La constitucion en que estableció esto Justiniano es la ley 25, tít. XXIII, lib. VI del Código.

Comentario.

Inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est.—Vinnio dice que estas estipulaciones se llamaron *prepósteras*, porque los contrayentes se proponian en ellas que la hija naciese antes que la madre, esto es, que las obligaciones se constituyesen antes que el cumplimiento de la condicion de que dependian, y que los antiguos las desecharon porque implicaban en los términos. En efecto, mas bien por estas consideraciones y por la irregularidad de las formas de la estipulacion que por desconocerse la voluntad de los contrayentes, se sostenia la doctrina antigua que con tanto acierto, á mi modo de entender, fué suprimida por Justiniano.

In omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.—Justiniano al reformar el derecho antiguo, podia ó considerar como no puesto el dia ó la condicion que modificaba las estipulaciones, ó por el contrario, reputar que no se habia puesto el dia presente, y por lo tanto que las obligaciones valieran como si estuviesen hechas á cierto dia ó bajo condicion: eligió este último medio (1) como mas conforme á la voluntad de los contrayentes.

15 Ità autèm concepta stipulatio, veluti si Titius dicat, CUM MORIAR DARE SPONDES? *vel* CUM MORIERIS, et apud veteres utilis erat, et nunc valet (*a*).
16 Itèm *post mortem alterius* rectè stipulamur (*b*).

La estipulacion que Ticio expresa en estos términos; ¿PROMETES DAR CUANDO YO MUERA Ó CUANDO TÚ MUERAS? era útil entre los antiguos y lo es ahora (*a*). Igualmente podemos estipular de un modo eficaz para despues de la muerte de otro (*b*). 15 16

(1) Ley 25, tít. XXIII, lib. VI del Cód.

ORÍGENES.

(a) Conforme con Ulpiano (§. 3, ley 145, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(b) Conforme con Ulpiano (§. 1, de la misma ley.)

Comentario.

Cùm moriar, vel cum morieris.—La sutil distincion que los antiguos hacian entre esta fórmula y la concebida para despues de la muerte ó para la víspera de la muerte de uno de los contrayentes, queda ya expuesta en otro lugar (1).

Post mortem alterius.—Ni aun con arreglo á la antigua jurisprudencia era inútil esta estipulacion, porque como la persona á cuya muerte se referia, podia fallecer antes que los contrayentes, habia lugar á que la obligacion comenzara en estos.

17 *Si scriptum fuerit* in instrumentô, *promisisse aliquem*, perindè habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.

Si se ha escrito en un instrumento que una persona ha prometido, se considera que ha respondido á una pregunta precedente. 17

ORÍGENES.

Copiado de Paulo. (§. 2, tít. VII, lib. V de sus Sentencias.)

Comentario.

Si scriptum fuerit, promisisse aliquem.—En el hecho de haberse consignado en un instrumento fehaciente que una persona ha prometido, implícitamente se sobreentiende que lo ha hecho contestando á otro que estipulaba. Los intérpretes dicen con este motivo que el instrumento tiene dos presunciones, una *de verdad* en virtud de la que se presume que es cierto lo que está escrito en el documento mientras no se pruebe lo contrario (2), otra que llaman presuncion *de solemnidad*, en virtud de la cual cuando se ha escrito que ha tenido lugar en escritura que requiere ciertas solemnidades, aunque no se exprese que han intervenido todas y cada una de las formalidades prescritas por la ley, se supone que en efecto es así (3). Mas estas presunciones introducidas á favor del acreedor, como que solo son *juris*, y no *juris et de jure*, admiten prueba en contrario (4).

18 Quotièns plures res unâ stipulatione comprehenduntur, si quidèm promissor simplicitèr respondeat,

Cuando se han comprendido muchas cosas en una estipulacion, si el promitente responde simplemente 18

(1) Comentario al §. 35, tít. XX, lib. II.
(2) §. 11, de este mismo título.
(3) Ley 30, tit. I, lib. XLV del Dig.
(4) §. 12, ley 7, tit. XIV, lib. II del Dig.

DARE SPONDEO, *propter omnes tenetur*, si verò unam ex his, vel quasdam daturum se spondeat, *obligatio in his, pro quibus spoponderit, contrahetur*. Ex pluribus enim stipulationibus una, vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, et ad singulas respondere debemus.

PROMETO DAR, está obligado por todas. Mas si solamente respondiese que él dará una ó alguna de las cosas acerca de que se le pregunta, la obligacion quedará limitada á lo que prometió. En efecto, en este caso se reputa que solo quedan perfectas, una ó algunas estipulaciones de las que han sido comprendidas en la pregunta, porque debemos estipular y responder por cada una de las cosas que son objeto de la obligacion.

ORÍGENES.

Conforme con Paulo (§. 4, ley 83, tít. I, lib. LXV del Dig.

Comentario.

Propter omnes tenetur.—Este párrafo puede considerarse como continuacion del 5.° de este mismo título: el fundamento de la doctrina que en su primera parte se establece, consiste en qué aun cuando pueden considerarse tantas estipulaciones cuantas especies ó cosas hay expresadas en la pregunta (1), sin embargo, como todas están deducidas en la misma estipulacion, se entiende que el que contesta ofreciendo dar, extiende su intencion á todo aquello acerca de que es preguntado.

Obligatio in his, pro quibus spoponderit, contrahetur.—En este caso la manifestacion expresa del promitente quita todas las dudas que pudiera haber respecto á la extension de la obligacion que contrae, y como bajo la forma de una estipulacion se contienen realmente muchas, se entiende, segun dice el texto, que solo están perfectas aquellas en que hay congruencia entre la pregunta y la respuesta.

19 *Alteri stipulari* (ut suprà dictum est) nemo potest: inventæ sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut *unusquisque sibe acquirat, quod sua interest*: ceterùm, si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut, nisi ità factum sit, ut comprehensum est, *committetur pœnæ stipulatio* etiàm

Ninguno puede estipular para otro, como hemos dicho antes porque las obligaciones de esta clase han sido inventadas á fin de que cada uno adquiera para sí lo que le interesa; y el estipulante no tiene ningun interés en que se dé una cosa á otro. Mas si alguno quisiera hacer esto con resultado, deberá estipular una pena para que si 19

(1) §. inicial, ley 29; y ley 86, tít. I, lib. XLV del Dig.

ei, cujus nihil interest: pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis (*a*). Ergo, si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de pœnâ, NISI DEDERIT, TOT AUREOS DARE SPONDES? tunc committitur stipulatio.

el promitente no hace lo que ofrece, tenga lugar la estipulacion de la pena á favor del que no estaba interesado en la obligacion principal; porque cuando se estipula una pena, no se toma en consideracion el interés que pueda tener el estipulante, sino solamente la cantidad á que puede ascender la cláusula penal (*a*). Por esto si alguno estipulare que se diera á Ticio, nada haria; pero si añadiere una pena para caso de inejecucion, por ejemplo, ¿ME OFRECES DAR TANTOS ÁUREOS? la estipulacion entonces producirá obligacion.

ORÍGENES.

(*a*) Tomado casi literalmente de Ulpiano. (§. 17, ley 38, tít. I, libro XLV del Digesto.)

Comentario.

Alteri stipulari.—De esta doctrina he hablado ya al explicar el párrafo 4.° de este mismo título.

Unusquisque sibi acquirat, quod sua interest.—Necesario es fijár bien la significacion de las palabras, *quod sua interest*, para no exponerse á dar al texto una interpretacion poco acertada. En el uso comun y aun algunas veces en el derecho, se dá á esta frase una significacion mas lata que la que aquí le corresponde: así dice Papiniano (1) que interesa al hombre hacer beneficios al hombre. Pero en su significacion estrictamente legal, que es la propia de este lugar, se limita solo á lo que pecuniariamente nos interesa, á lo que aumenta nuestro haber y nuestro patrimonio. Por esto Paulo define la frase *quod interest* con esta otra: *quantum mihi abest, quantumque lucrare potui* (2).

Committetur pœnæ stipulatio.—Esto no se halla en contradiccion con la doctrina de que no es eficaz la estipulacion que se hace para otro, porque la cláusula penal está puesta exclusivamente en beneficio del estipulante.

20 Sed et, si quis stipuletur alii, *cùm ejus interesset,* placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat,

Mas si alguno estipula para otro teniendo interés en ello, es válida la estipulacion. Por esto si el que comenzó á administrar la tutela de 20

(1) Ley 7, tit. VII, lib. XVIII del Dig.
(2) §. inicial, ley 13, tit. VIII, lib. XLVI del Dig.

cessit administratione contutori suo, et stipulatus est rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est (cum obligatus futurus esset pupillo, si malè res gesserit), tenet obligatio. Ergo et, si quis procuratori suo dari stipulatus sit, stipulatio vires habebit. Et si creditori suo, quod sua interest, ne fortè vel pœna committatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.

un pupilo cedió la administracion á su contutor, y estipuló con él que los bienes del pupilo serian bien manejados, como tiene interés en que se cumpla la estipulacion (porque es responsable al pupilo de la mala administracion), la estipulacion vale. Igualmente si alguno estipulare que se dé á su procurador, tendrá tambien fuerza la estipulacion; del mismo modo que si estipula que se dé á su acreedor teniendo interés en ello, como por ejemplo, para evitar incurrir en una cláusula penal, ó que se vendan los predios dados en prenda.

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano (§§. 20, 22 y 23, ley 38, *tít.* I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Cum ejus interesset.—No debe considerarse este texto como una excepcion del anterior, sino como ampliacion y explicacion suya: en efecto, el párrafo precedente habla del que estipula para otro no teniendo en ello interès, y este, por el contrario, del que tiene interés en estipular por otro.

21 Versâ vice, *qui alium facturum promissit*, videtur in eâ esse causâ, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.

Por la inversa, el que promete que otro hará, no queda obligado, á no ser que él mismo haya prometido una pena. 21

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 38, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Qui alium facturum promissit.—En el párrrafo 3.º de este mismo título expuse ya que es inútil la estipulacion de un hecho ageno: aquí se manifiesta un modo indirecto de hacerla eficaz, porque la adicion de la pena dá por resultado que el promitente ofrezca que él mismo dará ó hará, estipulacion supletoria que viene á fortalecer la obligacion á que se adhiere.

22 Itèm *nemo* rem suam futuram in eum casum, quô sua sit, *utiletèr stipulatur*.

Ninguno puede estipular válidamente la cosa en que ha de ser suya, para el caso en que llegue á serlo. 22

ORÍGENES

Copiado de Paulo. (Ley 87, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

Nemo utilitèr stipulatur. — Sentado el principio de que nadie puede estipular una cosa suya, no debe caber duda en que tampoco puede hacerlo de una cosa para el caso en que sea suya, porque esto sería crear un derecho para la época en que su existencia fuese legalmente imposible. La doctrina del texto es, pues, consecuencia de la que se expuso en el párrafo 2.° de este mismo título.

23 Si *de aliâ re* stipulatur senserit, de aliâ promissor, perindè nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum à te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilô senseris, quem Stichum vocari credideris.

Si el estipulante tiene su intencion respecto á una cosa y el promitente respecto á otra, no se contrae ninguna obligacion, del mismo modo que si no hubiera respondido á lo que se le pregunta: así sucederá si alguno estipulare de tí el esclavo Stico, y tú, al contestar afirmativamente, tuvieras en la intencion á Pánfilo que creias llamarse Stico. 23

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, ley 83, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario.

De aliâ re. — El consentimiento acorde de los contrayentes es, como repetidamente se ha dicho, el alma de todos los contratos: cuando las partes no están conformes en la identidad de la cosa que es objeto de la estipulacion, como que falta uno de los requisitos esenciales á toda obligacion convencional, no hay obligacion. Este principio está repetido aquí, porque quizá podria creerse por algunos que consistiendo la estipulacion en la congruencia de las palabras empleadas por el estipulante y por el promitente, siempre que hubiera semejante congruencia, no se debia hacer aprecio de la esencia del contrato; ó lo que es lo mismo, que solo se debia atender á su forma, á que tanta importancia dá el derecho civil. Como el error excluye el consentimiento, es claro que debe viciar la obligacion: por esto dice Ulpiano en uno de sus fragmentos, colocado entre las reglas del derecho (1): *non videntur qui errant consentire.* Esto tiene lugar tanto en los contratos de buena fé, como en los de derecho estricto (2). Mas no

(1) §. 2, ley 116, tít. XVII, lib. L del Dig.
(2) Ley 57, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

siempre produce el error los mismos efectos, ni es apreciado entre los romanos del mismo modo en todos los contratos. Limitándome en este lugar á la estipulacion, debo decir que para que el error anule el contrato, es necesario que sea material, esto es, que recaiga sobre la misma cosa estipulada, ó como dice el texto, que el consentimiento de cada uno de los contrayentes verse acerca de cosa diferente, *de aliâ re.* El error, por lo tanto, en este contrato está materializado, por decirlo así, puesto que se refiere solo á la misma cosa: así es que, habiendo consentimiento de ambos contrayentes respecto á esta, será valedero el contrato aun en el caso de que uno de ellos estuviere equivocado en la sustancia de la cosa; por ejemplo, si creia que era cobre lo que era oro (1), doctrina que no es aplicable al contrato de compra-venta, en que han de guardar relacion entre sí la cosa y el precio (2). Entiéndese esto sin perjuicio de los remedios pretorios que en su caso pueden corresponder al estipulante que haya sido engañado por el promitente.

24 Quod *turpi ex causâ* promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

No vale lo que se promete por causa torpe, por ejemplo, si uno ofrece cometer un homicidio ó un sacrilegio. 24

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano y Pomponio. (Leyes 26 y 27, tít. I, lib. XLV del Dig.)

Comentario

Turpi ex causâ.—No solo se reputa por causa torpe la perpetracion de un delito, como quizá podria inferirse de los ejemplos que pone el texto, sino tambien todo lo que se opone á las leyes ó á las buenas costumbres (3). Aplicable es aquí lo que se ha dicho de la imposibilidad moral, al hablar de las condiciones.

25 Cum quis sub aliquâ conditione fuerit stipulatus, *licet ante conditionem decesserit*, posteà, existente conditione, hæres ejus agere potest. Idem est et à promissoris parte.

Si el que ha estipulado bajo una condicion muere antes de su cumplimiento, cuando esta llega à verificarse, puede el heredero del estipulante entablar su accion. Lo mismo sucede por parte del promitente. 25

ORÍGENES.

Conforme con Juliano. (Ley 57, tít. I, lib. XLV del Dig.)

---

(1) Ley 22, tít. I, lib. XVIII del Dig.
(2) §. 2, ley 9 del mismo título y libro.
(3) Ley 61, tít. I, lib. XLV del Dig.

Comentario.

Licèt ante conditionem decesserit.—Fúndase esto en que el que estipula ó promete, no solamente lo hace para sí, sino tambien para ó por su heredero.

26 Qui hôc annô aut hôc mense dari stipulatus sit, nisi omnibus partibus præteritis anni vel mensis, non rectè petet.	El que ha estipulado que se le dé una cosa en este año ó en este mes, no puede reclamarla legalmente, sino pasadas todas las partes del año ó del mes. 26

ORÍGENES.

Copiado de Pomponio. (Ley 42, tit. I, lib. XLV del Dig.)

27 Si fundum dari stipuleris vel hominem, non poteris continuò agere, nisi tantum spatii præterierit, quô traditio fieri possit.	Si estipulares que te se dé una heredad ó un esclavo, no puedes pedirlo inmediatamente, sino que debes dejar pasar tanto tiempo cuanto sea necesario para que pueda hacerse la tradicion. 27

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. inicial, ley 73, tit. I, lib. XLV del Dig.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las leyes de Partidas (1) siguen á las romanas en las materias que este título comprende. Mas la célebre ley del Ordenamiento (2), á que tantas otras veces he aludido, en virtud de la cual toda obligacion séria y deliberada hecha entre presentes ó ausentes tiene fuerza coactiva, cualesquiera que sean las formas que al efecto se empleen, ha modificado notablemente las doctrinas romanas y destruido muchas de las nulidades que dejó vigentes el derecho de Justiniano.

De la adstipulacion.

Despues de hablar el jurisconsulto Cayo de las estipulaciones inútiles, y antes de pasar á los *sponsores*, *fidepromissores* y *fidejussores*,

(1) Titulo XI, Part. V.
(2) Ley 1, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.

trata de los *adstipulantes* (*adstipulatores*). Siguiendo el mismo órden de sus Instituciones, diré lo que creo conveniente para que se conozca esta clase de obligacion, desusada ya en tiempo de Justiniano.

Queda ya dicho anteriormente que en algunas ocasiones se combinaban de tal modo las fórmulas de la estipulacion, que por un solo contrato verbal quedaban ligadas personas diferentes, denominadas co-estipulantes, *co-rei stipulandi*, ó co-promitentes, *co-rei promittendi*. Mas podia suceder tambien que dos personas estipulasen, si bien acerca de una misma cosa, en distintos contratos, de modo que el uno fuera principal y el otro fuese accesorio viniendo á dar fuerza al primero (1). Esta estipulacion accesoria, llamada *adstipulacion*, podia ser de utilidad al estipulante mientras no estuvo permitido hacerse representar en los actos jurídicos por medio de procuradores, puesto que podia suceder que por circunstancias particulares, como por estar ausente ú otra cosa análoga, el estipulante no pudiese recibir lo convenido en la estipulacion, en cuyo caso le producia grandes ventajas tener una persona de confianza á quien oportunamente se hiciera el pago de la cosa estipulada. De lo dicho se infiere que la *adstipulacion* debia tener el mismo deudor y el mismo objeto que la estipulacion principal á que se adheria.

No era necesario que el adstipulante usase de las mismas fórmulas de que se habia valido el estipulante: así es que si el estipulante habia concebido el contrato en estos términos: *dari spondes?* no habria inconveniente en que el adstipulante usara de estas otras: *idem fide tuâ promittis?* (2).

Como queda dicho que la adstipulacion era un contrato accesorio que tenia por objeto la misma cosa ya deducida en la estipulacion principal, y por fin dar mayor fuerza y consistencia á esta, de aqui que no podia ser ni mas extensa ni mas intensa que el contrato á que se referia, y que por el contrario podia serlo menos: así para usar del mismo ejemplo de Cayo, si la cosa objeto de la estipulacion fué diez sestercios, no habia inconveniente en que la adstipulacion se refiriera solo á cinco; y si la estipulacion fué pura, la adstipulacion podia ser á dia cierto ó bajo condicion, pero no al contrario (3).

Habia una diferencia, muy digna de ser atendida, entre la adstipulacion y la estipulacion, á saber: que aquella no era trasmisible á los herederos y esta lo era, segun en su lugar se ha expuesto, cuya diferencia provenia sin duda de que para la estipulacion se buscaba la confianza individual y la buena fé, cosas personalísimas que no se

---

(1) §. 126, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 112.
(3) §. 113.

tramiten como los derechos y las obligaciones. Esto explica tambien el motivo por qué el esclavo que podia estipular, segun se ha visto, en representacion de la persona de su señor, no era hábil para adstipular, regla igualmente extensiva al hombre libre que estaba *in mancipió*, el cual era asimilado al esclavo. No sucedia lo mismo con el hijo de familia, que podia adstipular, si bien no adquiria para su padre lo deducido en la adstipulacion, que era un derecho exclusivamente individual; mas como estaba sometido á poder ageno, no lo podia ejercer válidamente hasta que salia del poder paterno sin sufrir la capitis-diminucion, por ejemplo, por la muerte del padre ó por la dignidad de sacerdote de Júpiter, *flamen dialis*, ejemplos que pone el mismo Cayo: esta doctrina era tambien extensiva á las hijas de familia y á las mujeres que estaban en potestad de su marido, *in manu* (1).

El adstipulante, del mismo modo que el estipulante, tenia la accion que nacia del contrato contra el promitente y el derecho de recibir el pago, y á su vez el pomitente pagándole, se libertaba de la obligacion. Pero quedaba el adstipulante obligado por la accion de mandato á dar cuenta al estipulante y á restituirle todo lo que hubiese recibido (2).

La adstipulacion debió necesariamente caer en desuso cuando se admitió la facultad de ser representado por pro curador: quedó, sin embargo, admitida en el caso de que uno quisiera estipular válidamente para despues de la muerte, porque como atendido el derecho, esta estipulacion no era válida, para eludir el rigor de la ley, se buscó el rodeo de agregar á la estipulacion una adstipulacion en virtud de la cual el adstipulante despues de la muerte del principal podia entablar su accion contra el promitente, estando obligado á dar á los herederos del estipulante lo que obtuviera, á lo que podia ser compelido por la accion de mandato (3). Habiendo declarado Justiniano que las estipulaciones para despues de la muerte eran válidas, cesó absolutamente el uso de la adstipulacion.

TITULUS XX.	TITULO XX.
De fidejussoribus.	**De los fiadores.**

El jurisconsulto Cayo, despues de haber hablado de los adstipulantes, dice que suelen obligarse tambien por el promitente otras

(1) §. 114, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 111.
(3) §. 117.

personas, á las que se dá los nombres de *sponsores*, *fidepromissores* y *fidejussores* (1). El objeto de estas obligaciones es asegurar mas el cumplimiento de un contrato principal con otro accesorio, aumentando así el número de las personas obligadas.

Los nombres de *sponsores*, *fidepromissores* y *fidejussores*, corresponden á las fórmulas de la estipulacion. *¿ Spondes? Spondeo, ¿Fidepromittis? Fidepromitto*, *¿Fidejubes? Fidejubeo*, porque estas clases de estipulaciones no siempre se presentaban independientes y aisladas, sino que á veces eran obligaciones principales, á cuyo lado habia otras accesorias concebidas con las mismas fórmulas: en semejante caso se hacia preceder la voz *idem* á las palabras de la segunda estipulacion, que era la accesoria, de este modo: *¿Idem dari spondes? ¿Idem fidepromittis? ¿Idem fide tuâ esse jubes?* (2).

En otro lugar (3) he manifestado que la fórmula primitiva de las estipulaciones, y la rigurosas de derecho civil en su orígen, era la de *¿Spondes? Spondeo*, fórmula que solamente podia expresarse en latin, y además propia y exclusiva de los ciudadanos romanos. Era aplicable únicamente en las obligaciones de dar, y podia servir tanto para una obligacion principal como para una accesoria. Despues que Roma extendió su dominacion y su comercio, se introdujo para las estipulaciones de los peregrinos entre sí y para las de los romanos con los peregrinos la fórmula *¿Fidepromittis? Fidepromitto*, que, como todas las demás introducidas para formalizar los contratos de los peregrinos podia ser usada en diferente idioma que el latino, y que servia tambien tanto para las obligaciones principales, como para las accesorias, pero solamente cuando consistieran en dar. Mas ni una ni otra fórmula podian ser empleadas en las obligaciones que no consistian en dar, ni aprovechaban mas que en las que eran accesion de los contratos verbales (4). Cuando aumentándose las necesidades de los romanos, fué indispensable dar mayor latitud á sus contratos, la insuficiencia de las fórmulas referidas motivó la introduccion de la fianza, *fidejussio*, con nuevo auxilio y con la fórmula de la estipulacion, antes referida, podian garantirse, ó bien en idioma latino ó en cualquier otro, no solo las obligaciones verbales que consistian en dar, sino, tambien todas las reales, literales y consensuales, las pretorias, las meramente naturales, y las mismas civiles y verbales que consistieran en prestar ó en hacer, obligaciones que, como ya se ha visto, no podian ser protegidas por las fórmulas anteriores.

---

(1) §. 115 del Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 116.
(3) Comentario al §. 16, tit. I de este Libro.
(4) §. 119, Com. III de las Inst. de Cayo.

El mismo Cayo dice que la condicion de los *sponsores* y *fidepromissores* era semejante (1): unos y otros pueden considerarse respecto á las promesas, del mismo modo que con relacion á las estipulaciones han sido considerados los adstipulantes al finalizar el título que precede. En efecto, los contratos tanto de los adstipulantes como de los *sponsores* y *fidepromissores*, solo eran accesorios de obligaciones verbales; unos y otros contratos servian para remediar los efectos de la nulidad de algunas estipulaciones (2); unos y otros no podian ser ni mas intensos ni mas extensos que las obligaciones principales á que se adherian (3); unos y otros no eran trasmisibles á los herederos (4); y por último, del mismo modo que el adstipulante, segun queda dicho, estaba obligado á dar al estipulante principal lo que habia percibido, y podia ser compelido á ello por la accion de mandato, asi el *sponsor* y el *fidepromissor* en sus relaciones con el principalmente obligado eran considerados como mandatarios, y por la accion de mandato podian conseguir el reembolso de lo que pagasen (5).

La materia de *sponsores* y *fidepromissores* dió lugar en Roma á algunas leyes cuya memoria ha sido conservada por las Instituciones de Cayo. La primera fué la ley Apuleya (que se supone publicada el año 652 de la fundacion de Roma): esta, cuando eran varios los *sponsores* ó *fidepromissores*, introducia una sociedad entre ellos, y por lo tanto el que pagaba mas de su porcion, tenia accion contra los demás para resarcirse del exceso que hubiera satisfecho (6). La segunda ley fué la Furia (que se atribuye al año 659 de la fundacion de Roma), aplicable solo á Italia, segun la cual la obligacion de los *sponsores* y *fidepromissores* terminaba á los dos años, y en el intermedio se dividia entre todos, de modo que cada uno pagara solo la parte viril (7). Ignórase el nombre de la tercera ley, por no haberse podido leer en el palimpsesto de Cayo: Haubold cree que es la misma ley Apuleya antes mencionada; mas sea de esto lo que quiera, lo cierto es que exigia que, el que recibiese *sponsores* ó *fidepromissores* declarase en alta voz cuántos iba á recibir y con qué objeto, y si no lo hacia, tenian estos el derecho de hacer constar dentro de treinta dias que la declaracion no habia tenido lugar y quedaban libres, disposicion que aunque no hablaba de los *fidejussores* en la práctica se hizo extensiva á ellos (8). La cuarta ley fué la Publilia, cuyo año no

(1) §. 118, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §§. 117 y 119.
(3) §§. 113 y 126.
(4) §§. 114 y 120.
(5) §. 127.
(6) §. 122.
(7) §. 121.
(8) §. 123.

puede fijarse con exactitud, pero que algunos suponen dada en el mismo tiempo que la Furia: por ella se concedia á los *sponsores* un beneficio no extensivo á los *fidepromissores* ni á los *fidejussores*, á saber, que en el caso de que la persona por quien habian pagado, se negase á indemnizarlos, tuvieran además de la accion de mandato, otra denominada *depensi*, en virtud de la cual podian conseguir el doble (1). Por último, la quinta ley era la Cornelia, que se atribuye á la dominacion de Sila y año 673 de la fundacion de Roma: referiase no solo á los *sponsores* y *fidepromissores*, sino tambien á los *fidejussores*, y prohibia que una misma persona pudiera obligarse por el mismo deudor al mismo acreedor en el mismo año por mas de veinte mil sextercios, siendo nula la obligacion en la cantidad escedente (2); mas no estaba comprendido en esta prohibicion lo que se ofrecia por razon de dote, lo que se debia por efecto de disposiciones testamentarias, lo que se afianzaba por órden del juez, ó lo que se adeudaba por consecuencia de la ley sobre *la vigésima de las herencias* (3).

Tambien Cayo manifiesta las diferencias que separaban á los *sponsores* y *fidepromissores* de los *fidejussores*: aquellos solo podian adherirse á obligaciones verbales, estos á toda clase de obligaciones (4): aquellos contraian una obligacion personal que se extinguia con ellos, la de estos pasaba á los herederos (5): aquellos se libertaban de la obligacion á los dos años, al paso que la de estos era perpétua: aquellos, cuando eran varios, respondian solo proporcionalmente á lo que les conrrespondia atendido su numero al tiempo de pedirse, estos se hallaban obligados *in solidum*, y para libertarse de ser perseguidos por el todo, tenian que acudir al beneficio que les concedió el Emperador Adriano (6): aquellos, si tambien eran varios, tenian mútuamente accion unos contra otros en los términos referidos, estos carecian en igual caso de accion unos contra otros (7).

De estas diferentes clases de obligaciones accesorias solamente estaba en uso en tiempo de Justiniano la *fidejussio* ó fianza; por esto se limita este texto á hablar de los fiadores: debe advertirse, sin embargo, que algunas veces se encuentran en las leyes los nombres de *sponsores* y *fidepromissores*.

Pro eô, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appel-	Ocurre frecuentemente que por el que promete se obliguen otros, que

(1) §.127, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 124.
(3) §. 125.
(4) §. 119.
(5) §. 120.
(6) §. 121.
(7) §. 122.

lantur, quos homines accipere solent, dùm curant, ut diligentiùs sibi cautum sit.

se llaman fiadores, cuya garantía aceptan los acreedores para aumentar la seguridad del cumplimiento de la obligacion.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 115 y 117, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Pro eô, qui promittit.—No solo en los contratos verbales á que parece referirse únicamente el texto, sino en toda clase de obligaciones, como antes se ha dicho, se admiten los fiadores. Su obligacion siempre es accesoria, y por lo tanto queda tambien siempre obligado el deudor principal: si libertaran á este de la obligacion, se denominarian, segun el lenguaje de los romanos, *expromissores*, que son los que toman sobre sí la obligacion agena, libertando al que la contrajo. (1).

1 *In omnibus* autem *obligationibus assumi possunt*, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerit, ac ne illud quidèm interest, utrùm *civilis* an *naturalis* sit *obligatio*, cui adjiciatur fidejussor, adeò quidèm, ut *pro servô* quoquè *obligetur*, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servô accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturalitèr debetur.

Pueden agregarse fiadores á toda clase de obligaciones, bien sean reales, bien verbales, bien literales, bien consensuales. Y no importa que sea civil ó natural la obligacion á que se agrega el fiador, de tal modo que puede obligarse tambien para garantir la obligacion contraida por un esclavo, ó bien sea con un extraño, ó bien con su propio dueño en lo que naturalmente se le debe. 1

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 119, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

In omnibus obligationibus assumi possunt.—He dicho antes que, á diferencia de los *sponsores* y *fidepromissores* que solo eran admitidos en garantía de los contratos verbales, los fiadores podian dar seguridad á toda clase de obligaciones. El texto, que comento, dice que la fianza puede admitirse como accesoria en las obligaciones civiles y naturales y en las producidas por los contratos reales, verbales, literales y consensuales: mas debo aquí advertir que bajo la palabra *civiles* quiso sin duda el Emperador comprender tambien las obligaciones pretorias (2), respecto de las cuales podian caber menos

(1) §. 8, ley 7, tit. III, lib. IV del Dig.
(2) §. 2, ley 8, tit. I, lib. XLVI del Dig.

dudas que de las naturales. Y no solamente las obligaciones que dimanan de un contrato admiten fiador, sino tambien las que provienen de un casi-contrato, de un delito ó de un casi-delito (1). Lo que se dice relativamente á las obligaciones que dimanan de delitos, se limita á las reclamaciones y á las penas pecuniarias á que pueden dar lugar; pues si se trata de la imposicion de penas corporales, es claro que no puede admitirse fianza, porque no puede uno sujetarse á sufrir la pena que otro merece. La única obligacion que no admite fiador entre las que nacen de contrato, es la restitucion de la dote que debe hacer el marido despues de terminado el matrimonio, respecto á la cual, durante la sociedad conyugal, las constituciones imperiales prohiben (2) las fianzas á fin de conservar la lealtad, la buena fé y la confianza que debe haber entre los cónyuges. Notables son las palabras que para esforzar esta razon emplea el Emperador Justiniano (3): *Si enim credendam mulier sese, suamque dotem patri mariti existimavit, ¿quare fidejussor vel alius intercessor exigitur, ut causa perfidiæ in connubiô eorum generetur?*

Civilis.—No debe entenderse esto de la obligacion meramente civil, sino de la mixta de natural y civil, esto es, de aquella que, teniendo su fundamento en la justicia y en la equidad, está sancionada por la ley; porque á las meramente civiles es aplicable lo que advierte Paulo (4), que no hay diferencia entre no tener accion ó tener una que puede ser anulada por una escepcion. Esto equivale á decir que no es verdadera obligacion la que está condenada á no producir efecto alguno, por carecer de fundamento en los principios universales de justicia, y por destruir la ley el vínculo que sola y exclusivamente habia creado.

Naturalis obligatio.—Cuando el fiador garantiza una obligacion meramente natural, queda obligado mas intensamente que el reo principal, puesto que la obligacion de este no puede ser reclamada por una accion eficaz.

Pro servô obligetur.—Lo mismo que aquí se dice de la obligacion del esclavo respecto á su señor, es extensivo á la del hijo con su padre. No sucede lo mismo con las obligaciones naturales del padre de familia respecto al hijo, ni del Señor respecto al esclavo, las cuales no admiten fiadores: la razon es porque la accion que resultaria de la fianza, seria siempre á favor del padre ó del señor, aun en el caso de que hubieran admitido los fiadores el hijo ó el esclavo, pues

(1) ʒ. 5, ley 8; y ʒ. 3, ley 56, tit. I, lib. XLVI del Dig.
(2) Leyes 1 y 2, tit. XX, lib. V del Cód.
(3) Dicha ley 2.
(4) Ley 112, tit. XVII, lib. L del Dig.

estos en sus contratos representan á aquel en cuyo poder estan, lo que vendria á dar por resultado que el padre y el señor serian por una parte deudores naturales y por otra acreedores civiles de la fianza, cosa á todas luces insostenible.

2 Fidejussor non tantùm ipse obligatur, sed etiam *hæredem obligatum relinquit.*

El fiador no solamente se obliga á sí mismo, sino que tambien deja obligado á su heredero. 2

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 1, ley 4, tít. I, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Hæredem obligatum relinquit.—Fúndase esto en el principio de que el que contrae, por regla general contrae para sí y para su heredero. Antes se ha expuesto que esto es una de las diferencias que separaban á los *sponsores* y *fidepromissores* de los *fidejussores*.

3 Fidejussor *et præcedere* obligationem et sequi potest.

El fiador puede preceder ó seguir á la obligacion principal. 3

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano (§. 2, ley 6, tít. I, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Et præcedere.—Hé aqui otra de las diferencias que separaban antiguamente á los *fidejussores* de los *sponsores* y *fidepromissores*, puesto que, como se ha visto al principio del título, la estipulacion de estos últimos se referia á otra que acababa de pasar.

Cuando el texto dice que la fianza puede preceder á la obligacion principal, debe entenderse que solo puede tomar fuerza aquella despues que esta se constituya; entretanto está en suspenso (1), porque siendo la fianza una obligacion accesoria, no puede tener existencia verdadera sin que haya otra obligacion principal á que sirva de garantía. Consecuencia de esto es que no pueda pedirse al fiador antes de que deba el obligado principalmente.

4 Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numerô, *singuli in solidum tenentur.* Itaque liberum est creditori à quô velit solidum petere. Sed *ex epistolâ divi Hadriani*

Si hay muchos fiadores, todos individualmente estan obligados *in solidum*: por lo tanto, tiene libertad el acreedor para dirigirse á cualquiera de ellos con el fin de ob- 4

(1) Ley 35, tít. I, lib. V del Dig.

compellitur creditor, *à singulis*, *qui* modò *solvendô sint litis contestatæ tempore*, partes petere. Ideòque, *si quis* ex fidejussoribus eô tempore *solvendô non sit*, hoc *ceteros onerat*. Sed et, *si ab unô* fidejussore *creditor totum consecutus fuerit*, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quò fidejussit, solvendô non sit: et sibi imputare debet, cum potuerit adjuvari ex epistolâ divi Hadriani, et desiderare, ut pro parte in se detur actio.

tener el todo de su crédito. Pero por un rescripto del Emperador Adriano, el acreedor puede ser obligado á dividir su accion entre todos los que sean solventes al tiempo de la contestacion de la demanda, de modo que si alguno es insolvente entonces, esto grava á los demas. Pero si el acreedor hubiere conseguido el todo de uno de los fiadores, este, únicamente en caso de insolvencia del deudor principal, sufrirá el perjuicio y deberá imputárselo á sí mismo por no haber recurrido, como podia, al beneficio del rescripto del Emperador Adriano, y pretender que la accion no se diese contra él mas que por parte.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 121 y 122, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Singuli in solidum tenentur.—Antes se ha visto tambien que esto era una de las diferencias que separaban á los *sponsores* y *fidepromissores* de los fiadores: los primeros con arreglo á la ley Furia solo condicionalmente eran co-reos, porque en tanto estaban obligados *in solidum*, en cuanto no eran solventes sus compañeros al exigirse la deuda principal: pero los *sponsores* y *fidepromissores* fuera de Italia, á la que únicamente se extendia la ley Furia (1), y los fiadores en todo caso estaban obligados por la totalidad del crédito y eran co-reos de deber, y por lo tanto, como dice el texto, podia dirigirse el acreedor al que quisiera para conseguir de él la totalidad de la deuda.

Ex epistolâ divi Hadriani.—El rescripto del Emperador Adriano favorecia á los *sponsores* y *fidepromissores* en las provincias, á las que, como queda dicho, no alcanzaba la ley Furia, y á los fiadores en todas partes. Llámase comunmente *beneficio de division* al favor que otorgó á los fiadores.

Compellitur creditor, *à singulis*.—El beneficio de division es extensivo tambien al caso en que expresamente se convinieran los fiadores á responder cada uno *in solidum* de la deuda principal, porque

(1) §. 122, Com. III de las Inst. de Cayo.

semejante convenio en nada cambia las condiciones establecidas por el derecho (1). Conviene notar aquí que el beneficio de division no tenia lugar *ipsô jure*, como se dice comunmente, es decir, no se otorgaba por el mero ministerio de la ley, sino que era necesario que el fiador á quien se pedia el todo, lo reclamase oponiendo una excepcion, como manifiestan las últimas palabras del texto. No se crea que esta es cuestion de palabras, porque si la obligacion se dividiera *ipsô jure*, no podria ser reconvenido nadie mas que por lo que á su parte hacia relacion, aunque hubiese algunos fiadores insolventes; á lo que se agrega que si alguno pagaba el todo, podria conseguir como indebido el exceso de lo que á su parte correspondiera; y ni una ni otra cosa se verifica en los fiadores, como indica este mismo texto. El beneficio de division no alcanza á los fiadores de los tutores y curadores (2).

Qui solvendô sint litis contestatæ tempore.—Mas adelante se manifestará los importantes efectos que la contestacion á la demanda, *litis contestatio*, producia en el juicio, y entonces podrá conocerse mejor la razon que hubo para fijar este tiempo con objeto de ver si eran ó no solventes de los compañeros de la fianza.

Si quis solvendô non sit, ceteros onerat.—Se limita aquí el Emperador á decir que si al tiempo de hacerse la division de la deuda entre los fiadores, alguno de ellos es insolvente, su parte grava proporcionalmente á sus compañeros. A esto es consiguiente que una vez hecha la division, si uno de los fiadores que fué considerado como solvente, viniera á ser insolvente, el que por su parte ha pagado ó debe pagar, no puede ser obligado á satisfacer la porcion que deja en descubierto el insolvente.

Si ab unô creditor totum consecutus fuerit.—El fiador que, habiendo otros compañeros en la fianza, no opone oportunamente el beneficio de division, no tiene accion alguna ni contra el acreedor para conseguir que se le devuelva lo que pagó y que en virtud del rescripto del Emperador Adriano pudo hacer que recayera sobre los otros, ni contra sus compañeros para que le paguen esta misma parte. No tiene accion contra el acreedor, porque el que pagó, del mismo modo que los demás fiadores asociados, debia el todo; no contra los otros fiadores, porque al punto de pagarse la deuda principal, espira la fianza, que es, como queda dicho, un contrato accesorio cuya suerte depende de aquel á quien se agrega (3). El remedio que en este caso quedaba al fiador que habia pagado era, ó la accion de mandato,

(1) Ley 3, tit. XL, lib. VIII del Cód.
(2) Ley 12, tit. VI, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 39, tit. I, lib. XLVI del Dig. ; y ley 11, tit. XL, lib. VIII del Cód.

como mas adelante expresa el Emperador (1) para ser reintegrado por el deudor principal, ó bien el de obtener la cesion de las acciones *beneficium cedendarum actionum*, con cuyo beneficio conseguia que tanto sus compañeros de fianza como los poseedores de prendas, le indemnizasen en parte de lo que habia satisfecho; y así obtenia lo que sin este requisito, segun se vió anteriormente, no podia esperar. Por este medio el fiador que pagaba venia á ser considerado como comprador y cesionario del crédito. Pero era necesario para esto que antes de hacer el pago, hubiera pedido y conseguido que se le cediesen las acciones (2), lo que podia solicitar aun despues de ser condenado á pagar el todo (3), porque semejante excepcion no impugna la sentencia ni hace de peor condicion al que ha salido vencedor en el litigio.

A estos beneficios de division y de cesion de acciones debe añadirse otro, de que no hacen mencion las Instituciones por deber su orígen á una novela del Emperador Justiniano (4), dánsele comunmente los nombres de *beneficio de órden ó de escusion*, nombres que le cuadran perfectamente. Está reducido á que no pueda ser entablada la demanda contra los fiadores, á no ser despues de que se hayan ocupado y vendido los bienes del deudor principal y aparezca su insolvencia. Escusado es acudir á este remedio cuando el deudor principal notoriamente sea insolvente: en caso de ausencia, el juez señala un término al fiador para que presente al deudor, y si este no comparece, sigue la accion su curso contra aquel.

5 Fidejussores ità *obligari non possunt, ut plus debeant, quàm debet is, pro quô obligantur*: nam et eorum obligatio *accessio est principalis obligationis*, nec plus in accessione esse potest, quàm in principali re. At ex diversô, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque, si reus decem aureos promisserit, fidejussor in quinque rectè obligatur; contrà verò non potest obligari (*a*). Item *si ille purè promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest;* contrà verò non potest. Non solùm enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus in-

5 Los fiadores no pueden obligarse de modo que deban mas que aquel por quien se obligan, porque su obligacion es accesoria de otra principal, y lo accesorio no puede contener mas que lo principal. Mas por el contrario, pueden obligarse de modo que deban menos (*a*). Así, por ejemplo, si el deudor principal ha prometido diez áureos, el fiador puede obligarse válidamente por cinco: lo contrario no puede suceder. Del mismo modo si el deudor principal ha prometido puramente, el fiador puede prometer bajo condicion: lo contrario no es posible.

(1) §. 6 del presente título.
(2) Leyes 17 y 36, tit. I, lib. XLVI del Dig.
(3) §. 1, ley 41 del mismo título.
(4) Capítulo 1 de la nov. 4.

telligitur. Plus est enim, statim aliquid dare; minus est, post tempus dare (*b*).

El mas y el menos no solo se refieren á la cantidad, sino tambien al tiempo; porque es mas dar inmediatamente una cosa, y es menos darla despues de algun tiempo (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 126, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 113, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Obligari non possunt, ut plùs debeant.—Toda la doctrina referente á la extension y fuerza de la obligacion de los fiadores se reasume generalmente por los intérpretes en estas breves palabras: *el fiador puede obligarse mas intensamente, pero no mas extensamente que el deudor principal.*

Quàm debet is, pro quô obligantur.—Este principio puede presentar alguna vez, al primer golpe de vista, dificultades en su aplicacion. Asi sucederia cuando el deudor principal debiese precisamente un objeto, y la fianza versa sobre el mismo objeto ú otro diferente de un modo alternativo: en este caso ya podria ser mejor, ya peor la condicion del fiador que la del que principalmente estuviese obligado á la satisfaccion de la deuda; seria peor la condicion del fiador si pereciera la cosa objeto de la deuda principal, porque, á ser válida la fianza, estaria el fiador obligado á dar la otra cosa que alternativamente se habia prometido; y seria por el contrario de mejor condicion el fiador, si la cosa objeto de la obligacion principal consistiera en género ó cantidad que nunca perecen, porque la alternativa de la obligacion era una ventaja de que carecia el reo principal. A pesar de esto debe decirse que en uno y otro caso es nula la fianza, porque en ella se encuentra un objeto que no abrazó la obligacion principal, y por lo tanto contiene aquella más que esta (1). Por el contrario, si la obligacion principal consiste en dos ó mas cosas alternativamente y el acreedor tiene la eleccion por haberse estipulado así, la fianza que en iguales términos se haga será válida (2), porque no va mas allá de la obligacion á que se adhiere. No sucede lo mismo en el caso de que en la obligacion alternativa haya quedado reservada la eleccion al mismo deudor principal, porque entonces la fianza hecha en iguales términos seria nula, puesto que el fiador, en el hecho de no tener la eleccion, quedaria mas extensamente obligado que aquel á quien fió: tampoco seria válida la fianza aunque se diera el mismo derecho de eleccion al fiador que

(1) §. 8, ley 8, tit. I, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 10, ley 8 del mismo título y libro.

al deudor principal, porque, como dice Marcelo (1), podria suceder que eligiera el fiador una cosa diferente de la que hubiera elegido el principalmente obligado.

No estan acordes los intérpretes acerca de si el fiador que se obliga á mayor cantidad que la que se ha deducido en la obligacion principal, ha de quedar absolutamente libre, ó si se obliga tan solo en la suma concurrente. La opinion de los que sostienen la nulidad de la fianza me parece mas conforme al texto y al espíritu de las leyes (2).

Accesio est principalis obligationis.—De este principio se infiere, además de lo que el texto dice, que la fianza sigue las vicisitudes de la obligacion principal á que se adhiere, y por lo tanto que pereciendo esta, tambien concluye la primera, lo que es comun á todas las demás accesiones, como las hipotecas y las prendas (3).

Si ille purè promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest.—Muchos ejemplos pueden ponerse de casos en que por ser mas extensa la obligacion del fiador, carezca de fuerza la fianza. Así sucederia cuando perteneciendo la eleccion al deudor principal en la obligacion alternativa, se estableciese que en la accesoria correspondiera al acreedor; así sucederia tambien cuando siendo la obligacion principal hecha á término, fuera pura la accesoria. Por el contrario, seria válida la fianza si en el caso de deber efectuar el pago el deudor principal en un punto determinado, se conviniera en que el fiador pagase en el lugar de su domicilio; si correspondiendo al acreedor la eleccion en una obligacion alternativa, se concediese en la accesoria al fiador; y por último, si dependiendo de una condicion la obligacion del deudor principal, la del fiador, además de esta condicion, tuviera otra que se le agregara (4).

6 Si quis autem fidejussor pro reô solverit, ejus recuperandi causâ habet cum eô *mandati judicium*.

Si el fiador pagare alguna cosa por el reo principal, tiene contra este, para indemnizarse, la accion de mandato. 6

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 127, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Mandàti judicium.—Cayo dice que en esto era igual la condicion de los *sponsores*, *fidepromissores* y *fidejussores*, salva, sin embargo,

(1) §. inicial, ley 38, tít. I, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 7, ley 8; y §. 2, ley 49, tít. I, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 43, tít. III, lib. XLVI; y ley 178, tít. XVII, lib. L del Dig.
(4) §. 1, ley 1, tít. I, lib. XLVI del Dig.

la accion *depensi*, que, como ya se ha visto, la ley Publilia concedia solamente á los *sponsores* para conseguir el duplo. La accion *mandati* dimana de que ordinariamente el que sale fiador por otro lo hace en virtud de un mandato expreso ó tácito, supuesto que, como dice Ulpiano (1), cuando uno no prohibe que otro intervenga por él se entiende que lo manda. Tiene lugar la misma accion en el caso de que no habiendo intervenido el consentimiento expreso ó tácito del obligado principal al tiempo de darse la fianza, este despues ratifica, ó expresa ó tácitamente, lo que en su beneficio se ha hecho. Mas si el fiador se obligare en ausencia ó sin conocimiento del deudor principal, como en este caso no puede suponerse ni mandato expreso, ni tácito, habrá lugar á la accion *negotiorum gestorum* (2), porque existirá entonces un cuasi-contrato en virtud de la presuncion que la ley adopta de que ha querido obligarse el que tiene interés en la fianza. Pero el que solamente por dar pruebas de buena voluntad hácia el obligado, principal, *animô donandi*, ó contra la voluntad de este saliese fiador, carecerá de toda accion para recuperar lo que pague (3).

7 *Græce fidejussor* plerumquè *ità accipitur* τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, sive βούλομαι; sed et, si φημὶ dixerit, pro eô erit, ac si dixerit λέγω.

El fiador se obliga entre los griegos del modo siguiente: τῇ ἐμῇ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *yo ordeno bajo mi fé*, ó βούλομαι, *yo quiero*. Pero si dijere φημὶ, *yo pretendo*, será lo mismo que si dijere λέγω, *yo digo*. 7

ORÍGEEES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 8, tit. I, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Græcè fidejussor ità accipitur.—De aquí se infiere que en tiempo de Ulpiano no era necesaria ya en la fianza la fórmula primitiva *¿idem fide tuâ esse jubes*? sino que habia sido reemplazada por otras que expresáran la misma idea.

In stipulationibus fidejussorum sciendum est generalitèr, hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, *videatur etiam actum:* ideòque constat, si quis se scripse-

En las estipulaciones de los fiadores es regla general que todo lo que se ha escrito como habiendo tenido lugar, se reputa que lo ha tenido. Por lo tanto si alguno ha escrito

(1) Ley 60, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) §. 1, ley 20, tit. I, lib. XVII del Dig.
(3) §. 1, ley 6; y ley 20 del mismo título y libro.

rit fidejussisse, videri omnia solemnitèr acta.

que él ha salido por fiador, se entiende haber precedido todas las solemnidades al efecto necesarias.

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (Ley 30, tit. I, lib. XLV del Dig.

Comentario.

Videatur etiam actum.—Los fundamentos de esta doctrina quedan ya expuestos anteriormente (1).

Del pacto llamado CONSTITUTUM.

Se ha visto que la fianza se constituye con la fórmula de la estipulacion, que es un contrato, y que como tal produce plenos efectos por riguroso derecho civil. Mas á veces la obligacion de responder por una deuda se hace por mero pacto, pacto que no teniendo fuerza con arreglo á los principios estrictos del derecho civil, la adquiere por la autoridad del pretor, y que produce la accion *de constitutâ pecunia. Constituere pecuniam* es fijar un dia en el cual debe pagarse lo que se debe por nosotros ó por otros. De aquí se infiere que este pacto llamado *constitutum* tiene íntima relacion con la fianza, siempre que uno promete el pago de lo que otro debe. Se diferencia de ella en que además de no requerir la estipulacion para que valga (2), el que celebra el pacto *constitutum* puede obligarse mas extensamente que el deudor principal, y por lo tanto á cosa diversa, con tal que sea del mismo precio; lo que se funda en que con beneplácito del acreedor puede pagarse una cosa por otra (3), y tambien mas pronto (4), en otro lugar (5) y á otro acreedor (6), aunque no mayor cantidad (7). En todo lo demás se equipara el pacto *constitutum* á la fianza (8).

Del senado-consulto Veleyano.

En el libro primero al tratar de las personas, se vió cómo se modificaron sucesivamente los rigurosos principios del derecho antiguo que consideraban á las mujeres ó en potestad agena ó en perpétua

(1) En los §§. 11 y 16 del tit. XX de este mismo libro.
(2) §. 9, tit. VI, lib. IV de estas Inst.
(3) §. 5, ley 1, tit. V, lib. XIII. del Dig.
(4) Ley 4 del mismo título y libro.
(5) §. inicial, ley 5 del mismo título y libro.
(6) §. 2, ley 5 del mismo título y libro.
(7) §. 1, ley 11 del mismo título y libro.
(8) Ley 3, it. XVIII, lib. VIII del Cód.: cap. 1 de la nov. 4; y prefacio de la nov. 136.

tutela, y como llegaron estas á tener una consideracion jurídica de que antes carecian. Creyóse, sin embargo, que era conveniente rodearlas de ciertas precauciones para evitar que su debilidad é inesperiencia se convirtieran en su daño. Bajo los imperios de Augusto y de Claudio se habia prohibido ya que las mujeres pudieran obligarse por las deudas de sus maridos, *ne feminæ pro viris suis intercederent* (1), disposicion que en tiempo de este último Emperador, siendo cónsules Marco Silano y Veleyo Tutor, año 46 de nuestra era, se hizo extensiva á que no pudieran interceder por ninguna clase de personas, bien fuesen varones ó hembras (2).

En virtud de este senado-consulto todas las intercesiones de mujeres por otros eran nulas, porque cuanto se hace contra determinacion expresa de ley, es insubsistente. Y debe advertirse que bajo la palabra *intercesion*, no solo se comprenden aquí las obligaciones accesorias, como las fianzas y el pacto *constitutum*, sino tambien la *expromision*, esto es, la novacion de la obligacion sustituyendo un nuevo deudor al antiguo. En su virtud las mujeres, cuando eran demandadas por esta clase de obligaciones, no solo podian oponer la excepcion que les daba el senado-consulto Veleyano (3), sino que en el caso de que hubieran pagado por error de derecho la cantidad ó cosa que se obligaron á dar, intercediendo por otros, podian reclamarlo como indebido por la condiccion *indebiti* (4). Digno de fijar la atencion es que el senado-consulto Veleyano no prohibia á las mujeres que se obligaran para sí, ni que pagaran por otros (5), sino solo que tomaron sobre sí la obligacion agena, ó como deudoras principales ó como fiadoras: la razon de diferencia consiste en que pocas veces las mujeres consienten en desprenderse de lo que tienen sin un motivo bastantemente justificado, y que por el contrario es fácil que se presten á contraer obligaciones cuyas consecuencias no calculan, en la esperanza de que cumplirá con exactitud la persona por quien se comprometen.

Como no es justo que el acreedor, cuando la mujer por medio de una expromision tomó sobre sí la deuda, sea perjudicado por un contrato insubsistente, se halla expresamente establecido que en tal caso pueda usar de una accion *restitutoria ó rescisoria* contra el deudor antiguo, por consecuencia de la que este de nuevo queda ligado á la deuda, volviendo las cosas al ser y estado que tenian al interceder la mujer con quebrantamiento de las leyes (6).

(1) §. 1, ley 2, tit. I, lib. XVI del Dig.
(2) §. 1, tit, XI, lib. II de las Sent., de Paulo.
(3) §. 1, ley 2, tit. I, lib. XVI del Dig.; y ley 9, tit. XXIX, lib. IV del Cód.
(4) §. 3, ley 8, tit. I, lib. XVI del Dig.
(5) §. 1, ley 4; y ley 5 del mismo título y libro.
(6) §. 2, de la ley 1: §§. 9 y 13 de la 8: §. 1 de la 16: ley 20: §. 5 de la 32, tit. I, lib. XVI del Dig.; y ley 16, tit. XXIX, lib. IV del Cód.

La nulidad de las obligaciones de las mujeres en los casos establecidos por el senado-consulto Veleyano puede ser reclamada no solo por ellas mismas, sino tambien por sus herederos (1), por sus fiadores (2), por los que han dado prendas é hipotecas en seguridad de lo que ofrecieron (3), y por los mandatarios (4).

Hay algunos casos en que el senado-consulto Veleyano no tiene lugar. Estos son:

1.° Si el acreedor es menor de veinte y cinco años, é insolvente el deudor principal (5), de lo cual deducen algunos intérpretes que el privilegio de la edad es mas fuerte que el del senado-consulto Veleyano.

2.° Si la intervencion ha sido por causa de dote, para evitar que indotadas las mujeres hallen mas dificultad en contraer matrimonio (6).

3.° Si la obligacion de la mujer se ha contraido en favor de la libertad, decision que adoptó Justiniano resolviendo las dudas que acerca de esto agitaban los antiguos (7).

4.° Si la mujer ha obrado con dolo contra el acreedor, porque el senado-consulto auxilia á las engañadas, no á las engañadoras, y proteje la debilidad y no las malas artes (8).

5.° Si se ha convertido la obligacion en utilidad de la mujer (9), por faltar entonces los motivos que dieron lugar al senado-consulto.

6.° Si para interceder percibió la mujer cualquier precio, bien sea antes, bien despues de obligarse (10).

7.° Si recibió del deudor principal la deuda que tomó á su cargo ó que garantió, porque entonces no corre peligro de perder lo que ya tiene percibido (11).

8.° Si la mujer mayor ya de de edad al tiempo de interceder, se ratificó despues de pasados dos años, porque en este caso, habiendo tenido ya bastante tiempo para conocer y meditar las consecuencias de su compromiso debe imputarse á sí misma los perjuicios que se le originen por la repeticion de sus actos, á lo que se agrega que la ley supone que la mujer mas se ha obligado por su propia utilidad que

---

(1) Ley 20, tit. XXIX, lib. IV del Cód.
(2) Ley 14, del mismo título y libro.
(3) Ley 2, tít. III, lib. XX del Dig.
(4) Ley 6; y §§. 5 y 6, ley 8, tit. I, lib. XVI del Dig.
(5) Ley 12, tit. IV, lib. IV del Cód.
(6) Leyes 12 y 25, tit. XXIX, lib. IV del Cód.
(7) Ley 24 del mismo título y libro.
(8) §§ 3, ley 2: ley 23, tit I, lib. XVI; y ley 5, tit. XXIX, lib. IV del Cód.
(9) §. inicial, ley 16; y §. inicial, ley 24, tít. I, lib. XVI, del Dig.
(10) §§. inicial, y 1, ley 23, tít. XXIX, lib. IV, del Cód.
(11) Ley 16, tit. I, lib. XVI del Dig.

por la agena (1). Esto, sin embargo, no es extensivo á las intercesiones que la mujer hace á favor de su marido, aun cuando consten por escritura pública, á no ser que se pruebe claramente que se han convertido en utilidad de ella (2), limitacion puesta para evitar los peligros en que la coaccion y el predominio de los maridos pudieran hacer caer á las mujeres.

Es comun opinion de los intérpretes, y entre ellos Heineccio, Vangerow, Mühlenbruch y Etienne, que la renuncia que la mujer haga del senado-consulto Veleyano, es válida: Donneau, Vinnio, y Sala, entre otros, sostienen la opinion contraria, que me parece mas conforme á los textos del derecho romano. Ni sirve decir que siendo este un beneficio introducido á favor de las mujeres, puede ser renunciado por ellas; porque á esto puede contestarse que no es lícito renunciar á las leyes prohibitivas. Exceptúanse, sin embargo, la madre y la abuela, las cuales, en el caso de que acepten la tutela de sus hijos ó nietos respectivamente, tienen que renunciar ante el juez al beneficio del senado-consulto.

Justiniano estableció tambien que la intervencion de la mujer fuese nula *ipsô jure*, á no ser que se hubiera hecho constar en un documento público firmado por tres testigos; por lo tanto, si no se habia observado esta formalidad, podia la mujer invocar la nulidad, en los mismos casos en que, protegida antes por el senado-consulto, podia presentar su excepcion: esta doctrina fué extensiva á aquellos casos á que antes no habia sido aplicable el senado-consulto, á no ser que la mujer hubiera recibido precio por la intercesion (3).

Réstame solo advertir que en el caso de que la mujer interceda en union de un hombre por otra persona, queda el hombre obligado por el todo, á no ser que cada uno se haya comprometido solamente por una parte, en cuyo caso por esta únicamente será el hombre responsable (4).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

No existiendo actualmente por derecho español la diferencia de pactos y contratos, no cabe distincion entre la fianza y el pacto *constitutum* que adoptaron los romanos, y se siguen las reglas ya expuestas

(1) Ley 22, tít. XXIX, lib. IV del Cód.
(2) Cap. 8 de la nov. 134.
(3) Ley 23, tít. XXIX, lib. IV del Cód.
(4) Ley 48, tít. I, lib. XVI del Dig.; y ley 8, tít. XIX, lib. IV del Cód.

acerca de la fianza, con algunas modificaciones que han introducido nuestras leyes, conformes generalmente con las romanas (1).

El beneficio de division, de que se ha hablado, está expresamente admitido en las Partidas (2): mas esta doctrina, segun la opinion de escritores distinguidos, fundada á mi modo de ver en razones poderosas, es hoy insostenible; porque si la fianza se otorga mancomunadamente solo puede cada uno de los fiadores, con arreglo á las leyes recopilidadas (3), ser reconvenido en parte, y si la obligacion es solidaria se entiende que todos renunciaron á la facultad de reclamar el beneficio de division.

Respecto al beneficio de cesion de acciones, llamado comunmente entre nosotros *carta de lasto*, se halla expresamente establecido en nuestras leyes (4) que si uno de los fiadores paga toda la deuda al acreedor, pueda pedir que este le ceda las acciones contra sus compañeros para obtener de cada uno la parte que le corresponde; mas esto no tiene lugar sino cuando el fiador haya pagado en nombre suyo, y quedándole en todo caso el derecho de conseguir del mismo deudor lo que por él hubiese satisfecho. Si el fiador paga simplemente, no expresando, si lo hace, á su nombre ó en el del deudor, se entiende que lo verifica en su propio nombre cuando pide inmediatamente la cesion, y que lo hace á nombre del deudor, si lo difiere.

En el derecho español hay tambien una decision expresa (5) segun la cual el fiador que sale á mayor cantidad que la debida por el reo principal, queda obligado en la cantidad concurrente; doctrina no decidida en el derecho romano. El principio admitido por nuestras leyes de Partidas (6), en cuya virtud el fiador no puede obligarse á condiciones mas duras que el reo principal, está modificado, á mi juicio, por la ley tantas veces citada (7), segun la cual en cualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse queda obligado.

En la prohibicion de las mujeres para interceder por otros estan nuestras leyes conformes con las de Justiniano (8); encontrándose decidida tambien expresamente una cuestion que no se resolvió por las romanas y en que no estan tampoco unánimes sus intérpretes, á saber, que cuando la mujer conociendo la regla general de no poder salir fiadora, lo hiciere renunciando con ciencia propia y de su grado el

---

(1) Título XII, Part. V.
(2) Ley 8, tít. XII, Part. V.
(3) Ley 10, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 11, tit. XII, Part. V.
(5) Ley 7 el mismo título y Partida.
(6) La mima ley, título y Partida.
(7) Ley 1, tít. I, lib. X de la Nov. Rec.
(8) Leyes 2 y 3, tit. XII, Part. V.

beneficio de la ley, quede obligada (1). No puede la mujer ser fiadora de su marido, aunque se diga y alegue haberse convertido la deuda en provecho suyo, disposicion que consulta al bien de las mujeres, no menos que la que establece que cuando se obligan de mancomun marido y mujer, no queda esta obligada, á no ser en la parte que se probase que se habia convertido en su provecho, no entendiéndose por tal lo que el marido era obligado á darle. Pero es válida la fianza y la obligacion que hiciere de mancomun con él relativa á los arrendamientos de las rentas públicas (2).

Por último, esceptuán nuestras leyes de la capacidad de ser fiadores á los obispos, prelados, clérigos, regulares, soldados recaudadores de tributos (3), y á los labradores, si bien estos últimos pueden serlo por otros de su clase (4).

TITULUS XXI.

De literarum obligatio ne.

TITULO XXI.

De la obligacion literal.

El derecho romano no llama contratos literales, *literarum*, á aquellos en que interviene la escritura ó bien como un elemento necesario y especial para completarlos, ó bien como un medio empleado para que conste de su existencia y se facilite su prueba, sino solo á aquellos en que de la escritura nace la misma obligacion. Tres fueron las clases de escritos á que daban los romanos la fuerza y el valor de la obligacion literal: estas eran las que llamaba *nomina transcriptitia, chirographa* y *syngraphæ*; sin duda para evitar el peligro de una traduccion poco jurídica no se usa frase alguna castellana que equivalga á la de *nomina transcriptitia*, aunque en el foro y en lenguaje científico se oyen las palabras *quirógrafos* y *singrafas*.

Nomina transcriptitia.—Los romanos acostumbraban á llevar una razon exacta y diaria de sus operaciones, de sus ingresos, de sus gastos, de sus deudas y de sus créditos. A fin de hacerlo con órden y claridad iban apuntando, á medida que la sucesion misma de sus negocios lo requeria, en una especie de borrador ó libro de memoria llamado *adversaria*, todo lo que debia servir de materiales para llevar con precision sus asientos. Este borrador, que no podia menos de resentirse de falta de órden, porque consignaba las operaciones

---

(1) Ley 3, tít. XII, part. V.
(2) Ley 3, tít. XI, lib. X de la Nov. Rec.
(3) Ley 45, tít. VI, Part. I; y ley 2, tít. XII, Part. V.
(4) Leyes 15 y 16, tít. XXXI, lib. XI de la Nov. Rec.

del mismo modo que se iban presentando, aunque desnudo de toda fé jurídica, servia de base para formar otro libro mas importante llamado *codex* ó *tabulæ*, en donde con todo cuidado, diligencia y método los padres de familia llevaban la cuenta de su activo y de su pasivo, como se dice hoy en el comercio; lo cual solian hacer mensualmente dejando inutilizados los borradores, *adversaria*, puesto que ya no les eran necesarios. Las tablas, *tabulæ*, así formalizadas, tenian un carácter perpétuo y eran consideradas en juicio como dignas de fé. Ciceron las llama *æternæ*, *sanctæ*, *quæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur*. Las diversas partidas que en las tablas se ponian eran solo medios para ayudar á la memoria, y si se quiere, pruebas de la existencia de la obligacion á que se referian, pero la misma obligacion era del todo independiente de ellas: así en el caso de constar en el asiento haberse dado una cosa en préstamo mútuo, la obligacion naceria de la tradicion si se habia verificado, pero no del escrito que no era requisito esencial del contrato. A estas inscripciones, que solo podian tener por objeto conservar la memoria de un contrato celebrado, llamaban los romanos *arcaria nomina*, de las que dice Cayo (1) que no constituian obligacion, pero que daban testimonio de la contraida; doctrina aplicable del mismo modo á los contratos de los ciudadanos que á los de los peregrinos (2).

Pero si en el caso propuesto del mútuo, el mutuante y el mutuatario convenian aquel en tener por entregada la cantidad, *expensum*, *pecuniam expensam ferre*, y este por recibida, *acceptum*, *pecuniam acceptam referre*, é insertarlo así en sus libros, *tabulæ*, entonces, mientras no se ponia el asiento, existia solamente un mero pacto que no producia obligacion civil; tan luego como se hacia la inscripcion habia un contrato verdadero: de modo que en este caso no solo servia el crédito ó deuda puesto en las tablas como prueba, sino que era orígen y causa de una obligacion. Desde aquel momento ya no se trataba de si efectivamente se habia celebrado el contrato que en los asientos se referia, sino solo de si se habia hecho ó no la inscripcion convenida; á cuya inscripcion se aplicaba por antonomasia la palabra *nomen*. Pero desde luego puede inferirse que para que esta inscripcion produjera tales consecuencias, era necesario el consentimiento del deudor, como circunstancia esencial, sin la que no podia existir el contrato: hé aquí el orígen de la obligacion literal, *literis*, á que se daba el nombre de expensilacion, *expensilatio*; contrato que, á diferencia del verbal, podia tener lugar entre ausen-

---

(1) §. 131, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 132.

tes (1). Las frases *codex expensi y codex acepti* servian para indicar la parte de las tablas donde se ponia lo entregado y lo recibido.

Mas ¿era necesario, para que existiera el contrato literal, que estuvieran conformes los registros del deudor y del acreedor, ó lo que es lo mismo, se requeria que el acreedor pusiera en su activo, *codex expensi*, lo que se le debia, y el deudor en su pasivo, *codex accepti*, lo que era en deber? Sobre este punto nada puede asegurarse positivamente. Las Instituciones de Cayo, al parecer, inducen á la afirmativa, cuando, comparando la obligacion literal con la verbal, dicen: *cùm alioquìn in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendô obliget, alius (referendô) obligetur* (2). Debe advertirse que la palabra *referendô* que se halla colocada entre paréntesis, solo está puesta por conjetura, porque era ilegible en el manuscrito. Si se creyera bastante convincente este texto, deberia decirse que del mismo modo que en la estipulacion eran necesarias, además del consentimiento, la pregunta y respuesta congruentes, así se requeria tambien en la antigua obligacion literal la congruencia de inscripciones en los registros del acreedor y del deudor. Mas la autoridad de Cayo no es aquí decisiva, á mi modo de entender, como en otros casos, porque su texto está mutilado en la parte mas esencial, y lo que por conjetura se ha suplido podrá quizás apartarse de lo que escribia el célebre jurisconsulto. Mr. Ortolan, cuya autoridad me sirve en mucha parte de guia en el particular, y que ha tratado con gran maestria y con rica copia de erudicion sacada de autores clásicos la historia de la obligacion literal, presenta sus ideas acerca de este punto encadenadas de un modo riguroso y digno del estudio del jurisconsulto y del anticuario, y se decide por la opinion negativa. Segun él la inscripcion de la deuda, *nomen*, en el registro del deudor, aunque regularmente debia tener lugar, no era una condicion esencial y sacramental para la existencia de la obligacion. Dos hechos solamente constituyen, á su juicio, la obligacion *literis*, á saber, la inscripcion de la suma, como *expensa lata*, en el registro del acreedor, y el consentimiento ó la órden del deudor para hacerla; cuyos dos hechos debian probarse, el primero materialmente por la presentacion de las tablas ó del *codex* en que estaba la inscripcion, el segundo por todos los medios que sirvieran para demostrar que habia sido hecha la inscripcion con órden ó con consentimiento al menos del deudor. Esto supuesto, el modo regular y ordinario de prueba era la concordancia de los dos

---

(1) §. 138 Com. III de las Inst de Cayo.
(2) El mismo §.

registros, lo que está en el espíritu de esta clase de contratos, cuya principal utilidad es evitar la necesidad de otras pruebas; mas si los dos registros no concordaban, entonces debia probarse por parte del acreedor que la inscripcion se habia hecho con consentimiento de su deudor. Así que, el defecto de inscripcion en el registro de este, no impide que nazca la obligacion.

De lo dicho puede inferirse que la frase *nomina transcriptitia*, debe su orígen á que significaba los créditos, *nomina*, que resultaban de las inscripciones en los registros *codices tabulæ*, los cuales eran trascripciones hechas por el deudor y por el acreedor de las notas llamadas *adversaria*.

La espensilacion conservó por mucho tiempo sus estrechos límites originarios, no pudiendo tener por objeto mas que cantidades ciertas y no siendo capaz de admitir condiciones, porque se referia á hechos que se suponian ya del todo realizados (1). Podia ser resultado de otro hecho ó de otro contrato anterior, del mismo modo que la estipulacion, y en este caso el contrato ó la obligacion antigua quedaba novada por la espensilacion. Como, segun ya se ha expuesto, la espensilacion suponia siempre un mútuo, era corriente que debia producir la misma accion: *condictio certi*.

Cayo (2) en sus Instituciones dice que la espensilacion, *nomen transcriptitium*, era de dos clases: ó de la cosa á la persona, *à re in personam*, ó de la persona á la persona, *à personâ in personam*. El mismo jurisconsulto explica estas dos clases de espensilaciones: la *à re in personam* supone que ha habido antes deuda proveniente de una causa real y efectiva, por ejemplo, una compra-venta, una arrendamiento ú otra causa preexistente, y que lo que alguno debe por estos ó semejantes motivos se ha puesto en el registro del acreedor como *expensum*, de modo que la primera obligacion se extingue siendo reemplazada por la nueva formada en virtud de la escritura *literis* (3): la *à personâ in personam* tenia lugar cuando la espensilacion se hacia cambiando la persona del que estaba antes obligado por cualquier título; así sucede, para valerme del ejemplo que aduce el mismo jurisconsulto (4), cuando yo pongo por tu órden á tu cargo en mi registro como entregado, *expensum*, lo que me debe Ticio que te delegó como deudor mio en su lugar, en cuyo caso tú quedas obligado, *literis*, al mismo tiempo que se extingue la antigua obligacion de Ticio. De notar es que no habia trascripciones ó espensilaciones *à re*

---

(1) § 329 de los Fragmentos Vaticanos.
(2) §. 128, Com. III de sus Inst.
(3) §. 129.
(4) §. 130.

in rem ni *à personâ in rem*: no podia haberlas *à re in rem* porque entonces seria necesario que el que debia una cosa, por ejemplo, á título de arrendamiento, se obligase á pagarla á título de venta, y en este caso la obligacion que se habia sustituido á la antigua, no deberia su origen á la escritura, sino á la causa expresada en ella, y por lo tanto la escritura vendria á ser prueba, no causa de la obligacion. Lo mismo sucederia si la expensilacion fuera *à personâ in rem*, porque entonces la obligacion primitiva, efecto de la deuda de un tercero, vendria á ser una obligacion que tuviera otra causa diferente de la escritura, y por lo tanto no podria ser contrato literal.

El empleo de las tablas, *tabulæ, codex*, cayó en desuso mucho antes de Justiniano. Asconio dice que habia cesado ya en tiempo de Neron; mas sin embargo, respecto al punto de que se trata debió subsistir mucho tiempo despues, pues Cayo, que floreció en los imperios de Antonino Pio y de Marco Aurelio lo dá por existente en su época. Los que conservaron mas tiempo este modo de obligar y obligarse fueron los banqueros (*argentarii, mensularii, nummarii*).

Chirographa, syngraphæ.—La expensilacion en su orígen era propia y exclusiva de los ciudadanos romanos: el tiempo fué modificando sucesivamente este rigor de las ideas; así se observa que al paso que los Proculeyanos decian que la obligacion *literis* no era aplicable á los peregrinos, los Sabinianos sostenian que podia tambien ser empleada por estos si se trataba de la expensilacion *à re in personam*, pero no si se trataba de la *à personâ in personam* (1). Pero sea de esto lo que quiera, mientras existia aun el rigor primitivo de la expensilacion, tenian los peregrinos otra manera de obligarse por escrituras, á que se daban los nombres de *chirographa* y *syngraphæ*. La diferencia entre estas dos clases de escrituras consistia en que el *chirographum* ó *chirographus* era el escrito firmado solo por la persona obligada, y la *syngrapha* ó *syngraphus* que tenia dos géneros en singular, y *syngraphæ* que solo tenia uno plural, significaba las escrituras firmadas por los dos contrayentes, de que se extendia un ejemplar diferente para cada uno. Esta clase de obligacion, cuya forma y cláusulas necesarias son hoy desconocidas, debia contener indispensablemente la declaracion escrita en que uno dijese que debia ó que daria, pero sin que mediara estipulacion acerca de ello (2), porque en este último caso la causa de la obligacion sería la congrüencia entre la pregunta y la respuesta, y no la escritura que

---

(1) §. 133, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 134.

solo serviria como prueba de la obligacion contraida. Al decir esto, implícitamente comprendo que las escrituras llamadas *chirographa* y *syngraphæ* constituian por sí mismas una forma particular de obligacion, y que no eran meros instrumentos ó medios de prueba; en lo que me separo, á ejemplo de algunos jurisconsultos, de lo que la mayor parte de los escritores alemanes han creido acerca de este punto, persuadido de que las Instituciones de Cayo (1) no permiten otra interpretacion. Las obligaciones *syngraphæ* aparecieron antes que las llamadas *chirographa*, y desaparecieron tambien antes que ellas: así es que en el cuerpo del derecho de Justiniano, al paso que no se hace ni una sola vez mencion de aquellas, se habla muchas veces de estas (2); y que el quirógrafo, cambiando un tanto su naturaleza, vino á constituir la nueva obligacion literal de la época de Justiniano, significando lo mismo que la palabra *cautio*, que es la denominacion empleada casi siempre para significar la promesa escrita de pagar una suma determinada (3). No puede negarse que la voz *cautio* se aplicaba tambien frecuentemente á los instrumentos que servian para acreditar la existencia del contrato, denominados igualmente *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta* y *chartula*, y en su sentido mas extenso á toda seguridad dada para garantir un derecho.

Olim scripturâ fiebat obligatio, *quæ nominibus fieri dicebatur*, quæ nomina hodiè non sunt in usu.	Antiguamente se contraia una obligacion por medio de escritura, la que se decia formada *nominibus*, la cual hoy no está en uso.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§§. desde el 128 al 134, Com. III de sus Inst.

Comentario.

Quæ nominibus fieri dicebatur.—Aluden estas palabras á la antigua obligacion literal, llamada expensilacion ó *nomina transcriptitia*, de que he hablado en el ingreso del presente título.

Planè *si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est*, de pecuniâ minimè numeratâ post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim sæpis-	Mas si alguno hubiere escrito que debe lo que no se ha contado, no podrá oponer despues de largo tiempo la escepcion *non numeratæ pecuniæ*; así con frecuencia lo han de-

(1) §. 134, Com. III de las Inst. de Cayo.

(2) Leyes 21 y 31, tít. III, lib. XXII: ley 17, tít. IV, lib. XLIV del Dig.: ley 5, título XXX, lib. IV; y ley 14, tít. XLIII, lib. VIII del Cód.; y en otros lugares.

(3) §. 1, ley 2, tít. XIV, lib. II: ley 24, tít. V, lib. XIII del Dig.; y leyes del título XXX, lib. IV del Cód.

simè constitutum est. Sic fit, ut et hodiè, dùm quæri non potest, scripturâ obligetur: et ex eâ nascitur condictio, scilicèt *verborum cessante obligatione*.

cidido las constituciones imperiales De este modo, acontece hoy que, no pudiendo quejarse, quede obligado en virtud de la escritura, y que nazca de esta una condiccion en caso de no existir obligacion verbal.

ORÍGENES.

Conforme con una constitucion del Emperador Alejandro Severo. (Ley 8, tit. XXX, libro IV del Cód.)

Comentario.

Si quis debere se scripserit, quod ei numeratum non est.—El contrató literal, tal como lo presenta este texto, no es una invencion de Justiniano para conservar la antigua division de los contratos en lugar de suprimir el que nacia de la escritura. Teófilo en su *Paràfrasis* dice que si bien no existia en su tiempo el antiguo contrato *nomina*, considerándolo atentamente habia un contrato literal, aunque bajo forma diferente. Justiniano se aprovechó del antiguo derecho, introduciendo las reformas que creia convenientes.

La obligacion literal resultaba solo de la escritura, segun queda expuesto, y, aunque consecuencia de un préstamo de dinero hecho por el acreedor, este contrato no sonaba en ella, puesto que si se llegaba á expresar, entonces ya no habria una verdadera obligacion literal, sino solo una prueba de haberse celebrado el contrato de mútuo: mas aunque la escritura no hacia mencion de este contrato, siempre lo sobreentendia. Esto supuesto, sucedia con frecuencia que la escritura (*nomen transcriptitium, syngraphus, chirographum*) se redactase antes de recibir el deudor la cantidad que se le habia ofrecido, ó bien porque el acreedor imponiendo su dura ley al deudor así lo exigiera, ó bien porque demasiado confiado el deudor pusiera en manos del acreedor antes de tiempo un documento que podia convertirse en su daño. Si cuando esto ocurria, el acreedor se negaba despues bajo cualquier pretesto á entregar la cantidad ofrecida, resultaba que el infeliz deudor se veia en el peligro de ser demandado para el cumplimiento de una obligacion que realmente no tenia vida mas que en apariencia: para que este se libertara de la accion que podia intentarse contra él, tenia la excepcion de dolo que tomaba en el presente caso el nombre de escepcion *non numeratæ pecuniæ*. Mas en esta excepcion hay cierta singularidad que la separa de las demás: en todas ellas es regla general que el que las presenta debe probarlas, porque el demandado es actor en la excepcion (1); pero en

(1) Ley 9, tit. III, lib. XXII; y ley 1, tit. I, lib. XLIV del Dig.

la de *non numeratæ pecuniæ* se viola esta regla, puesto que en ella se impone al que se dice acreedor la necesidad de probar la existencia de un préstamo, causa verdadera de la obligacion. Los pretores, fundándose en la equidad, introdujeron esta anomalía, que cambia el principio de existencia de la obligacion literal, haciendo que pierda su primitivo carácter riguroso, y que el silencio del deudor que oportunamente no opone la excepcion *non numeratæ pecuniæ*, se tenga por una confesion implícita de ser real y verdadera la existencia del préstamo. Esta innovacion que solo alcanzaba en un principio al contrato literal, esto es, á aquel cuya existencia, por no manifestarse causa de deber, dependia en un todo de la escritura, se hizo extensiva despues á los demás documentos con que se prueba un préstamo, expresándose que este es la causa de la obligacion. Motivos iguales á los que habian inducido al pretor á determinar que en la excepcion *non numeratæ pecuniæ* la carga de probar fuera del acreedor, aconsejaron esta extension, y en ello no se hizo mas que ampliar la doctrina de Paulo admitida como ley en el Digesto (1), á saber, que cuando una escritura destinada á probar una obligacion, no está clara respecto á las causas de que proviene, corresponde al acreedor disipar las dudas que ofrece: fúndase esto en que en tal caso no se considera la confesion oscura del deudor como prueba bastante para condenarlo.

La excepcion *non numeratæ pecuniæ* hubiera sido un remedio insuficiente para el supuesto deudor, si á su lado no hubiera otras acciones eficaces que vinieran á auxiliarle. En efecto, con solo dejar pasar el acreedor el espacio de dos años sin entablar su accion, podia privar al deudor de poder hacerla valer; porque esta excepcion, como todas, únicamente puede deducirse contra una demanda entablada. Por esto se halla expresamente declarado que pueda el deudor en tal caso demandar á aquel á quien dió la caucion, para que se la devuelva (2), ya entablando la condicion *sine causâ* ó la condicion *causâ datâ, causâ non secutâ*, ó ya tambien denunciando y protestando por escrito que no se le ha entregado el dinero, en cuyo caso la excepcion *non numeratæ pecuniæ* se perpetúa.

Verborum cessante obligatione.—Porque si existe la obligacion verbal, de ella y no de la escritura nacerá la accion, puesto que la escritura será solo prueba y no causa del contrato.

Multum autem tempus in hâc exceptione anteà quidèm *ex principalibus constitutionibus* usquè ad

Antes se habia fijado por las constituciones imperiales para proponer esta escepcion un largo tiem-

(1) §. 4. ley 25, tit. III, lib. XXII.
(2) Ley 4, tit. IX: ley 7; y §. 4, ley 14, tit. XXX, lib. IV del Cód.

quinquennium procedebat: sed ne creditores diutiùs possint suis pecuniis forsitàn defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi *exceptio minimè extendatur.*

po que se extendia hasta cinco años; pero con el fin de evitar que los acreedores esten por demasiado tiempo expuestos á la pérdida fraudulenta de su dinero, hemos dado una constitucion reduciendo á dos años el término de esta excepcion.

ORÍGENES.

La constitucion á que aquí se alude es la ley 14, tít. XXX, lib. IV del Cód.

Comentario.

Ex principalibus constitutionibus.—Una constitucion del Emperador Marco Aurelio, que está en el Código Hermogeniano, fijaba cinco años de término para entablar la excepcion *non numeratæ pecuniæ.*

Exceptio minimè extendatur.—Puede por lo tanto decirse, que el verdadero contrato literal existe despues de los dos años fijados por Justiniano para poder usar de la excepcion; porque antes de ellos podia el deudor declinar la fuerza de la escritura alegando no haber recibido el dinero, é imponiendo á su contrario la carga de probar la existencia real y verdadera del préstamo.

De la doctrina que en este título queda expuesta puede inferirse, que obligacion literal es *la que nace del hecho de confesar uno en un documento deber á otro cierta cantidad, aun en el caso de que no la haya recibido, si no rectractó la confesion dentro de dos años.*

De la obligacion literal respecto á la dote.

Hasta aquí se ha considerado la obligacion literal como proveniente de la confesion de deber hecha por escrito, confesion que supone un préstamo sobreentendido; mas á veces tambien trae su origen de haberse prometido y no entregado una dote, cuyo recibo fué confesado por escrito: caso frecuente á que debieron proveer las leyes (1), para evitar que el desprendimiento en momentos en que los hombres suelen hacer alarde de generosos, se convirtiera en su daño. A este efecto concedieron por tiempo determinado la escepcion *non numeratæ pecuniæ*, ó *dotis cautæ sed non numeratæ*, á aquel que confesó haber recibido la dote, y á su heredero, para rechazar la accion de su restitucion en caso necêsario. El término,

(1) Tit. XV, lib. V del Cód.

dentro del cual puede usarse de la citada excepcion, es diferente del que por regla general queda fijado en el título que precede, y varía con arreglo á la duracion del matrimonio. Si este subsistió menos de dos años, la excepcion compete por espacio de uno; si duró más de dos años, pero menos de diez, por tres meses. Cuando el matrimonio dura más de diez años no puede entablarse ya la excepcion, quedando obligado en virtud de la escritura, *literis*, á restituir la dote el que confesó haberla recibido: castigo de su negligencia, que se funda en la presuncion legal de que el que deja trascurrir tanto tiempo sin usar de la accion *querella dotis non numeratæ* que tambien se le da para reclamar contra un documento que refiere un hecho incierto que le perjudica, nada debe ya objetar á su legalidad y á su certeza. El que escribió el instrumento dotal siendo menor de edad, tiene doce años para entablar la accion ó proponer la escepcion de dote no recibida: á su heredero mayor de edad se concede un año, y si es menor de edad, cinco años, contados en uno y otro caso desde la disolucion del matrimonio, para poder ejercitar el derecho que su antecesor no ejercitó, habiendo muerto dentro del término en que podia haber entablado su accion ó su excepcion (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Reconocida está por las leyes de Partidas (2) la obligacion literal en términos iguales á los que el derecho romano establece, si bien sin hacer distincion entre la escritura que se refiere simplemente á una deuda, y la que supone recibida la dote. En las mismas leyes se halla establecido (3) que valga la renuncia de la excepcion de no haber recibido el dinero; doctrina no establecida en el derecho romano, y que á decir verdad es poco conforme con el espíritu que presidió á la introduccion de este remedio, especialmente cuando la renuncia se hace en el pagaré ó escritura en que se confiesa la deuda. Esta consideracion, y el no hablar el derecho romano de semejante clase de renuncias, ha dado lugar á que intérpretes muy autorizados sostengan que la validez de ellas debe entenderse solo respecto á libertar al que aparece acreedor de la obligacion de justificar que el préstamo ha sido hecho real y efectivamente; pero no debe ser oido el que sus-

---

(1) Ley 3, tít. XV, lib. V del Cód.; y novela 100.
(2) Ley 9, tít. 1, Part. V.
(3) Dicha ley 9.

cribió la escritura, si estuviere dispuesto á probar que es falso el hecho que en ella se refiere.

TITULUS XXII.	TÍTULO XXII.
De consensu obligatione.	De la obligacion consensual.

Queda dicho en otro lugar (1) que aunque todo contrato supone necesariamente el consentimiento de los contrayentes, algunas veces el derecho exige para que resulte accion eficaz un hecho material, una solemnidad exterior que hiera los sentidos, y en otras se contenta con la mera voluntad de los que se convienen, y que de aqui dimana la division de contratos en reales, verbales, literales y consensuales. El Emperador Justiniano despues de haber hablado de las tres primeras clases, pasa á hacerlo de la última, esto es, de las obligaciones que formándose solo por el consentimiento, producen desde luego sus efectos sin necesidad de otro acto ulterior que venga á fortalecerlas.

Consensu fiunt obligationes in *emptionibus venditionibus*, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.	Las obligaciones se forman por el mero consentimiento en la compra-venta, en la locacion-conduccion, en la sociedad y en el mandato.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 135, Com. III de sus Inst.

Comentario.

Emptionibus venditionibus. — A pesar de que el texto solamente pone como contratos consensuales la compra-venta, la locacion-conduccion, la sociedad y el mandato, se debe contar tambien entre ellos el de enfitéusis, despues de la constitucion del Emperador Zenon de que se habla en uno de los títulos siguientes (2). Aún pudiera añadirse la donacion, pacto legítimo que solo por la voluntad de las partes dá una accion al donatario contra el donante, y la constitucion de dote, que tambien sin necesidad de estipulacion y solo por el consentimiento queda perfeccionada con arreglo á una constitucion de los Emperadores Teodosio y Valentiniano (3); pero las re-

(1) En el comentario al §. 2, tit. XIII de este mismo libro.
(2 En el §. 3, tit. XXIV de este mismo libro.
(3) Ley 6, tit. XI, lib. V del Cód.

miniscencias antiguas de la diferencia entre pactos y contratos no hacian posible esta amalgama en el texto.

1 Ideò autèm istis modis consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque scripturâ, neque præsentiâ omnimodò opus est, ac ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficit, eos, qui negotium gerunt, consentire.
2 Undè inter absentes quoquè talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, aut per nuntium.

Dícese que de estos modos se contrae la obligacion por el mero consentimiento, porque no se requiere para que nazca, ni escritura, ni la presencia de los otorgantes, ni la entrega de la cosa, sino que basta que los contrayentes consientan. 1
Así estos contratos pueden tener lugar entre ausentes, por ejemplo, por medio de cartas, ó de mensajeros. 2

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 136, Com. III de sus Inst.)

3 Itèm in his contractibus *alter alteri obligatur* in id, quod alterum alteri ex bonô et æquô præstare oportet, cùm alioquìn *in verborum obligationibus* alius stipuletur, alius promittat.

Del mismo modo en estos contratos cada uno de los contrayentes se obliga á otro en todo lo que la equidad exige, mientras que en las obligaciones verbales uno estipula y otro promete. 3

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 137, Com. III de sus Inst)

Comentario.

Alter alteri obligatur.—Todos los contratos consensuales de que habla el texto pertenecen á la clase de bilaterales, y por lo tanto producen obligacion en pro y en contra de cada uno de los contrayentes; si bien el de mandato no corresponde á los bilaterales perfectos sino á los bilaterales imperfectos ó intermedios, porque el mandante no está obligado desde el principio, aunque puede quedarlo despues por un hecho posterior á la celebracion del contrato. Como segun se ha visto en otro lugar (1), los contratos bilaterales pertenecen á los de buena fé, y en ellos se interpreta mas latamente el principio de equidad que en los unilaterales, establece el texto la doctrina de que en los consensuales cada uno de los otorgantes queda obligado á otro en todo lo que la equidad aconseja.

In verborum obligationibus.—Los contratos verbales y literales solo producen obligacion por parte de uno de los otorgantes, y per-

(1) Al comentar el §. 2, tit. XIII de este Libro.

teneciendo por lo tanto á los unilaterales ó de derecho estricto, se interpretan rigorosamente, no dándose á la equidad la misma estimacion que en los contratos bilaterales.

TITULUS XXIII.

De emptione et venditione.

TÍTULO XXIII.

De la compra-venta.

El comercio primitivo entre los hombres se hizo por medio de cambios ó permutas, cediendo cada uno lo que tenia y no necesitaba, y obteniendo por ello de otro lo que le era indispensable ó útil. Las dificultades que semejante sistema llevaba consigo, saltan desde luego á la vista, porque á los obstáculos que opondria el no poder darse mútuamente los contrayentes lo que necesitaban, se unirian la dificultad de fijar el mérito de cada objeto, y la de comparar dos objetos diferentes y convenir en la importancia, en la utilidad y en la estimacion relativa que debian tener. Para evitar estos inconvenientes fué necesario buscar una materia, que representando para todos el mismo valor, pudiera servir de término comun comparativo de todas las cosas y facilitar así las transacciones diarias de la vida. Este tipo comun es la moneda, que compuesta de metales que por su valor intrínseco tienen estimacion en el comercio, y marcada con el sello de la autoridad pública para evitar fraudes acerca de su peso y de su ley, ha dado facilidad y seguridad á las operaciones mercantiles y á los contratos mas usuales de la vida (1). Conviene aquí dejar sentado que la moneda es una mercancía, cuyo valor comercial sube ó baja como todo otro objeto, en proporcion á su abundancia ó escasez, á la demanda y á la oferta: principio reconocido por los economistas modernos, pero que no siempre ha sido atendido por los legisladores y por los jurisconsultos.

Esta permuta de una cosa por moneda ó dinero es lo que constituye la compra-venta, que puede ser definida, *contrato consensual bilateral, por el que uno se obliga á trasferir á otro una cosa por el precio que este se compromete á pagar.* Tiene el doble nombre de *compra-venta*, porque consta de dos actos ó partes que juntas constituyen el contrato: estos actos son el del que ofrece el dinero, y el del que ofrece la cosa; pero comun es dar al contrato simplemente el nombre de *compra* ó el de *venta*. De este doble carácter del contrato dimanan las denominaciones que se aplican á aquellos que lo ce-

---

(1) §. inicial, ley 1, tit. I, lib. XVIII del Dig.

lebran; el que se obliga á entregar la cosa se llama *vendedor*, *venditor*, el que se compromete á dar el dinero *comprador*, *emptor*; la *cosa* ó mercancia que se dá *res* ó *merx*, y el dinero que se entrega *precio*, *pretium*: del doble carácter de este contrato proviene tambien la diferencia de obligaciones y de acciones entre el vendedor y comprador.

En el primitivo derecho de los romanos, para significar este contrato se usaban las palabras *venundare* dar en venta, *venundari* ser dado en venta, palabras que como manifiesta su misma composicion *venum-dare*, *venum-dari*, se referian á la ejecucion material de la venta, porque el derecho civil quiritario no conocia estos medios de obligarse sin ningun acto externo que viniera á materializar el contrato. Mas á estas palabras y á la de *mancipare* que se usaba en la venta de las cosas *mancipi*, con las fórmulas y solemnidades que en otros lugares quedan descritas, reemplazaron las palabras *venire*, *vendere*, *distrahere*, que significan no el trasladar la propiedad ni poner en posesion al comprador, que es la consumacion del contrato, sino la obligacion de hacerlo, que es su perfeccion. No se crea, sin embargo, que estas voces son sinónimas, las de *vendere*, *vender*, y *venire*, *ser vendido*, se aplican á las ventas tanto de una universalidad de bienes, como de cosas singulares, y la de *distrahere* solo á estas últimas.

Emptio et venditio cantrahitur, *simulatquè de pretiô convenerit, quamvis nondùm pretium numeratum sit, ac nec arra* quidèm *data fuerit.* Nam quod arræ nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractæ.

Hay contrato de compra-venta inmediatamente que se ha convenido acerca del precio, aunque este no se haya pagado todavía, ni se hayan dado arras, porque lo que se dá á título de arras, es sólo una prueba de haberse celebrado el contrato.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 139, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Simulatquè de pretiô convenerit. — La compra-venta, como todos los contratos consensuales, queda perfeccionada tan luego como las partes han convenido en la respectiva obligacion que quieren contraer. El consentimiento debe versar acerca de la cosa que se vende, acerca del precio por que se compra, y acerca de las condiciones á que se somete el contrato. Son los requisitos esenciales de este: el consentimiento, la cosa, el precio. Del precio habla el Emperador en algunos de los párrafos siguientes: aquí haré algunas indicaciones respecto á la cosa.

La cosa debe ser cierta, al menos en cuanto á la especie, porque de lo contrario sucederia que no habria verdadero consentimiento por parte del comprador, y que dependeria de la voluntad del vendedor hacer ilusoria la obligacion. Ha de estar en el comercio (1); y no es necesario precisamente que se halle en el dominio del vendedor, porque aunque nadie debe vender lo que no le pertenece, sin embargo, si lo hace y entrega la cosa vendida al comprador, este podrá adquirir la propiedad por la prescripcion. Ni es menester que la cosa exista; basta que pueda existir. En cuanto esta clase de ventas, se presentan dos casos diferentes: porque ó el contrato se hace bajo la condicion de la futura existencia de la cosa, ó á manera de un juego de azar, es decir, tomando el comprador sobre sí los riesgos de su existencia: en el primer caso, si no llega á existir la cosa vendida, no hay venta; mas en el segundo, la hay, aunque la cosa no llegue á existir, pues que la venta en su orígen ha sido pura, y el comprador ha comprado la esperanza: así sucede cuando se compra lo que alguno ha de pescar ó cazar.

Quamvis nondùm pretium numeratum sit. — Ni la tradicion de la cosa ni el pago del precio son necesarios para la perfeccion del contrato, si bien son su consumacion y complemento. Así es que inmediatamente que los contrayentes han convenido acerca de la cosa y del precio, quedan obligados respectivamente por acciones eficaces á pagar el precio ó á entregar la cosa.

Ac nec arra data fuerit. — Llamaban los romanos *arras* á una cantidad, ú otro objeto cualquiera que una de las partes, y mas comunmente el comprador, daba á la otra como prueba de haberse ya concluido el contrato (2).

Sed hæc quidèm de emptionibus et venditionibus, quæ sine scripturâ consistunt, obtinere oportet: nam *nihil â nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est.* In his autèm, quæ scripturâ conficiuntur, *non alitèr perfectam esse emptionem et venditionem* constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propriâ contrahentium, vel ab aliô quidèm scripta, à contrahente autèm subscripta, et, si per tabellionem fiant, nisi et completiones acceperint, et

Esto debe entenderse respecto á las compras y ventas que se hacen sin escritura, acerca de las cuales nada hemos innovado; mas en las que se hacen con escritura, una constitucion nuestra ha decidido que no se reputen perfectas hasta que el documento fuere escrito y suscrito por propia mano de los contrayentes, ó bien hasta que esté escrito por un tercero y suscrito por el contrayente; y si se hace por medio de un tabelion, hasta que el acta haya recibido todo su complemento

(1) §. inicial, ley 6; §§. 1 y 2, ley 34, tit. I, lib. XVIII del Dig.; y §. 5 del presente título.
(2) §. 6, ley 11, tit. I, lib. XIX del Dig.

fuerint partibus absoluta. Donèc enim aliquid ex his deest et pœnitentiæ locus est, et potest emptor vel venditor sine pœnâ recedere ab emptione. Ità tamèn impunè recedere eis concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hôc etenìm subsecutô, sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est, is, qui recusat adimplore contractum, si quidèm *emptor* est, *perdit quod dedit*, si verò *venditor*, *duplum restituere compellitur*, licèt nihil super arris expressum est.

y la adhesion definitiva de los interesados. Mientras falta alguna de estas circunstancias hay lugar á la retractacion, y el comprador ó vendedor pueden separarse de la compra. Sin embargo, solo les concedemos separarse impunemente de ella, si no se ha dado nada como arras; porque, si se han entregado estas, bien se hubiese celebrado la venta con escritura ó sin escritura, el que rehusa cumplir el contrato, si es el comprador, pierde lo que dió, y si es el vendedor, está obligado á dar el duplo, aunque nada se haya dicho respecto de las arras.

ORÍGENES.

Refiérese en este texto Justiniano á una constitucion suya. (Ley 17, tít. XXI, lib. IV del Código.)

Comentario.

Nihil à nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est.—Deben entenderse estas palabras como refiriéndose únicamente al efecto del consentimiento respecto de los contratos de compra y venta que se hacen sin escritura, porque relativamente á las arras, en este mismo texto se ve que introdujo Justiniano una importante innovacion.

Non alitèr perfectam esse emptionem et venditionem.—Justiniano cambió en este punto el derecho antiguo, estableciendo que cuando las partes conviniesen en que la venta se hiciera por escrito, su consentimiento no se estimase dado definitivamente, y que por lo tanto la venta no se reputara perfecta mientras no se hallase la escritura redactada y firmada; hasta entonces realmente no habia venta, sino solo deseo, intencion, y si se quiere consentimiento para contraerla; mas este consentimiento no pasaba de los límites de un pacto nudo, y de consiguiente no era obligatorio.

Emptor perdit quod dedit, venditor duplum restituere compellitur.—Sin desconocer la fuerza de los argumentos que aduce Vinnio, siguiendo á otros intérpretes, para demostrar que Justiniano, á pesar de lo que aquí dice, quiso conservar el derecho antiguo, y que el que habia dado las arras podia ser compelido al cumplimiento del contrato, me parece que su opinion no es la mas probable. Justiniano estableció expresamente que tánto en la venta no escrita, respecto á la que únicamente podria en su caso caber alguna duda, como en la escrita, *sive in scriptis, sive sine scriptis venditio celebrata est*, las arras dieran

lugar á que los contrayentes pudieran retractarse del contrato, perdiéndolas el comprador, y pagando el doble el vendedor: así cambiaron las arras completamente de naturaleza, y en lugar de ser una prueba de haberse celebrado definitivamente el contrato, como lo eran en tiempo de Cayo, cuyas palabras copió literalmente Justiniano en el texto que precede, se convirtieron en un medio de facilitar una retractacion que antes era imposible.

1 *Pretium* autem *constitui oportet*: nam nulla emptio sine pretiô esse potest. Sed *et certum pretium esse debet*. Alioquìn, si ità inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta: *inter veteres* satis abundèque hoc *dubitabatur*, sive constat venditio, sive non (*a*). Sed nostra decisio ità hoc constituit, ut, quotièns sic composita sit venditio, QUANTI ILLE ÆSTIMAVERIT, sub hâc conditione staret contractus, ut, si quidèm ipse, qui nominatus est, pretium definierit, *omnimodò secundùm ejus æstimationem* et pretium persolvatur, *et res tradatur*, ut venditio ad effectum perducatur, *emptore* quidèm *ex emptô actione*, *venditore* autem *ex venditô agente*. Sin autèm ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc *pro nihilô esse venditionem*, quasi nullô pretiô statutô. Quod jus cùm in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere (*b*).

Debe constituirse un precio en el contrato de compra-venta, porque este no puede existir sin él. El precio debe ser cierto; pero cuando las partes convenian en que la cosa se vendiese por el precio en que Ticio la estimara, habia una duda muy debatida entre los antiguos acerca de si habia ó no venta (*a*). Mas nosotros en una constitucion hemos decidido que siempre que la venta esté concebida en estos términos: AL PRECIO QUE AQUEL ESTIMARE el contrato valga; y por lo tanto, que si la persona señalada fija el precio, se pague este con arreglo á la estimacion que haga, se entrégue la cosa y se lleve á efecto la venta, teniendo el comprador la accion de compra y el vendedor la de venta. Nas si la persona señalada no quisiere ó no pudiere señalar el precio, la venta será nula, del mismo modo que si no se hubiera constituido precio. Habiendo establecido este derecho respecto de las ventas, para ser lógicos lo hacemos extensivo á las locaciones-conducciones (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo (§. 140, Com. III de sus Inst.)
(*b*) La constitucion á que se alude es la ley 15, tit. XXXVIII, lib. IV del Cód.

Comentario.

Pretium constitui oportet.—Siendo, como queda dicho, el precio un requisito esencial del contrato de compra-venta, no puede sin él nacer la obligacion (1). Por lo tanto si se quisiera simular una do-

(1) §. 1, ley 2, tit. I, lib. XXIII del Dig.

nacion llamándola venta, este contrato realmente no existiria (1): lo mismo acaece en el caso de que se fije por precio una cantidad del todo despreciable (2), porque en verdad solo seria una donacion simulada. Mas habrá contrato de compra-venta cuando haya precio, aunque sea muy bajo con relacion al valor de la cosa; á no ser entre marido y mujer, porque entonces se cree que han querido eludir las leyes que prohiben entre ellos las donaciones (3).

Certum pretium esse debet.—El precio debe ser cierto; esto es, fijado por la voluntad de los contrayentes bien de una manera absoluta, ó bien con relacion á una cantidad determinada: asi, no solamente valdrá la venta en que se fije el precio, por ejemplo, en diez áureos, sino tambien aquella en que el comprador ofrezca dar al vendedor el mismo precio que á este le costó la cosa, ó la cantidad que lleva en el bolsillo, *quanti tu eum emisti*, *quantum pretii in arcâ habeo* (4). Por la misma razon será válida la venta de mercancías que tienen un precio impuesto por la autoridad pública ó corriente en el mercado, cuando se exprese que se pagarán segun valgan en el dia en que se celebre el contrato, ó en el que se satisfaga el precio. La razon es porque, aunque en el momento de celebrarse el contrato no conozcan el precio los contrayentes, sin embargo es en sí cierto y definido.

Inter veteres dubitabatur.—Cayo manifiesta esta divergencia entre los antiguos jurisconsultos (5). Labeon, á quien siguió Casio, sostenia que no habia venta cuando el precio quedaba abandonado á una tercera persona: Ofilio y Próculo eran de contrario dictámen. La opinion de estos últimos fué adoptada, por los Emperadores Severo y Antonino, segun se infiere de un fragmento de Marciano que está en el Digesto (6), y el texto que precede demuestra que á ella se adhirió el Emperador Justiniano de un modo mas explícito y terminante.

Quanti ille æstimaverit.—Aunque puede dejarse el precio al arbitrio de un tercero, no asi al de uno de los contrayentes (7); porque entonces la obligacion quedaria en un todo á disposicion del comprador ó del vendedor, lo cual desnaturalizaria el contrato (8). Mas de todos modos este seria nulo, si la persona elegida para señalar el precio no quisiese designarlo, ó no pudiese, como sucederia si hubiera muerto ó

(1) Ley 38, tit. I, lib. XXIII del Dig.
(2) Ley 46, tit. II, lib. XIX del Dig.
(3) Ley 38, tit. I, lib. XVIII del Dig.
(4) §. I, ley 7 del mismo título y libro.
(5) §. 140, Com. III de sus Inst.
(6) §. 9, ley 16, tit. I, lib. XX.
(7) §. 1, ley 35, tit. I, lib. XVIII del Dig.
(8) §. inicial, ley 7 del mismo título y libro.

enloquecido cuando se hizo la venta ó antes de fijar el precio. Debo advertir aquí que cuando el texto dice: *quanti ille æstimaverit,* la palabra *ille* se refiere á una persona determinada expresamente; porque si el precio se dejase á arbitrio ageno de un modo general, no seria válida la venta (1).

Omnimodò secundùm ejus æstimationem.—Estas palabras al parecer excluyen las pretensiones que pueda haber para invalidar el contrato, fundándose en la valuacion inequitativa que hiciera la persona á quien se designó para que fijara el precio. Los intérpretes, sin embargo, convienen generalmente en que si son grandes los perjuicios que se originan por la desproporcion entre el precio y la cosa, debe reformarse la decision del elegido á arbitrio de buen varon, esto es, interponiendo el juez su oficio de equidad. Aunque no se puede negar que esta opinion consulta á los principios de justicia y que está en armonía con otras disposiciones del derecho, debe confesarse que no se conforma con lo decidido respecto de la venta; y especialmente con las palabras de este texto *omnimodò secundùm ejus æstimationem et pretium persolvatur, et res tradatur, et venditio ad effectum perducatur, emptore quidèm ex emptô actione, venditore autèm ex venditô agente.* Mas si la lesion fuera mayor que la mitad del justo precio, entonces habrá lugar á la rescision, del mismo modo que en las demás ventas, como se manifestará oportunamente.

Et res tradatur.—En estas palabras se halla á mi modo de entender resuelta negativamente la duda que algunos han querido suscitar, acerca de si el vendedor que puede entregar la cosa se liberta ofreciendo al comprador la indemnizacion. Esta decision se funda en razones poderosas; tales son la desigualdad que resultaria de que el comprador estuviera necesariamente obligado á pagar el precio, y no así del mismo modo el vendedor á entregar la cosa; la injusticia de que no hubiera que darse precisamente la cosa á aquel á cuyo cargo pertenecia el peligro; y por último el absurdo que resultaria, de que un hecho del vendedor en fraude del contrato que habia celebrado, se convirtiese contra el comprador complicándolo en la difícil prueba de acreditar los perjuicios que le ocasionaba la recision de la venta.

Emptore ex emptô actione, venditore ex venditô agente.—La compra-venta, como todos los contratos bilaterales perfectos, produce inmediatamente que se perfecciona dos acciones directas, para que cada uno de los contrayentes pueda á su vez reclamar el cumplimiento del contrato. La accion que tiene el comprador se llama *empti,*

---

(1) §. inicial, ley, 25, tit. II, lib. XIX del Dig.

ó *ex emptô*, y la que compete al vendedor, *venditi*, ó *ex venditô*, á las cuales dedican un título especial el Digesto (1) y otro el Código (2). Debe advertirse, sin embargo, que no fueron siempre muy rigurosos los jurisconsultos en la nomenclatura de estas dos acciones, sino que alguna, aunque rara, vez, aplicaron á la que propiamente se llama *empti* la denominacion de *venditi*, y viceversa; de lo cual ofrece aún vestigios el Digesto en un fragmento de Ulpiano (3) y en otro de Paulo (4).

Entiéndese por accion *empti*, *la que compete al comprador y á su heredero contra el vendedor y su heredero, pagado el precio, para que le entreguen la cosa vendida con sus accesiones y frutos, si pueden entregársela; y si no pueden, para que le satisfagan los daños y perjuicios que le ocasionan.* Como algunas veces se presentará la cuestion acerca de si se deben algunas cosas considerar como accesiones de otra vendida, y por lo tanto si están comprendidas en la accion *ex emptô*, las leyes han tratado de dar algunas decisiones, que pueden servir de pauta para la resolucion de casos análogos. Así es que si se ha vendido una casa, no solo se entienden comprendidas en el contrato las cosas que forman parte del edificio ó están unidas accesoriamente á él, como las cañerias que conducen el agua, las alcantarillas por donde se extrae la sobrante, aunque esten fuera y aun lejos del edificio, y los huertos y patios destinados al uso de la casa ó que sirven para su entrada (5), sino tambien las cosas que estan destinadas perpétuamente al edificio, como las llaves (6), é igualmente las que se han quitado de él para volverlas á poner, y las tejas; pero no lo que, no hallándose antes en el edificio, estaba preparado para fabricar en él (7), ni lo que, hallándose dentro, no está destinado para su uso perpétuo, sino solo para el presente (8). Respecto á las tinajas ó vasijas para vino, aceite ú otros líquidos, que están unidas á los edificios, hay dos leyes en el Digesto que parecen contradictorias (9). No lo son realmente, porque la que dice hallarse comprendidas en la venta de los edificios se refiere á los graneros, y la que decide lo contrario habla simplemente de heredades ó casas de campo, y parece mas natural el que se reputen vendidas con el edificio destinado á guardar frutos las vasijas que son necesarias al efecto, que el que se

(1) Título I, lib. XIX.
(1) Título XLIX, lib. IV.
(3) §. 25, ley 13. tit. 1, lib. XIX.
(4) Ley 26, tit. II, lib. XXI.
(5) §. 5, ley 91, lib. XXXII del Dig.
(6) §. 31, ley, 13: ley 14: §§. inicial 3, 8 y 9, ley 17, tit. I, lib. XIX del Dig.
(7) §. 10, ley 17, tit. I, lib. XIX del Dig.
(8) §§. 4 y 7 de la misma ley.
(9) §. inicial, ley 56, tit. I, lib. XVIII; y §. inicial ley 17, tit. I, lib. XIX.

entiendan incluidas en la venta de una heredad que no tenia este solo y exclusivo uso: en todo caso hallo fundada la opinion de Cujas, segun la cual siempre que las tinajas no puedan moverse fácilmente, ó que estén de tal modo unidas á la finca que constituyan una parte de ella, se deben reputar comprendidas en la venta, lo cual es conforme al espíritu y aún á la letra de las leyes (1). Vendida una heredad rústica, se entienden tambien vendidos los estiércoles que estaban destinados á su abono; no los que allí habia con objeto de venderlos (2): en cuanto á las maderas que hubiere para sostener las vides, se sigue la misma doctrina antes manifestada al hablar de las tejas con respecto á los edificios. En la venta de las caballerías está comprendido lo que se les haya puesto con objeto de venderlas (3). Mayor duda presenta el fijar si vendida la madre se entiende vendida la cria: en la diversidad de opiniones de los intérpretes, paréceme la mas acertada, por ser mas conforme á las leyes (4), la de los que no consideran al animal, desde el momento en que nace, como accesion de la madre.

La accion *venditi, ó ex venditô*, es *la que compete al vendedor ó á su heredero, entregada ya la cosa, contra el comprador y su heredero para que le paguen el precio convenido y le hagan dueño de él, entreguen las usuras desde que debieron hacer el pago y no lo hicieron, y le resarzan de los gastos necesarios y útiles, y de los perjuicios que se le hayan ocasionado por la conservacion de la cosa.* Obsérvase desde luego, que á diferencia de la accion *ex emptô* que obliga al vendedor á entregar la cosa y responder de la eviccion en el caso de que por no ser suya sea vencido en juicio el comprador, por la accion *ex venditô* está obligado este á hacer dueño al vendedor del dinero que le entrega. Así es, que el pago hecho con dinero ageno no liberta al comprador (5), aunque adquiera el dominio de la cosa y no corresponda por lo tanto la reivindicacion á aquel á quien pertenecia el dinero entregado (6): el fundamento de esto es porque en los juicios singulares ni el precio sucede en el lugar de la cosa, ni la cosa en el del precio.

Pro nihilô esse venditionem.—En el caso de que no fije el precio la persona designada al efecto, no cabe acudir al arbitrio de buen varon para que lo señale.

---

(1) Leyes 21 y 26 tit. VII, lib. XXXIII del Dig.
(2) §. 2, ley 17, tit. 1, lib. XIX del Dig.
(3) §§. inicial y 11, ley 38 tit. 1, lib. XXI del Dig.
(4) §. 17, tit. XX, lib. II de estas Inst.
(5) Ley 7, tit. XLIX, lib. IV del Cód.
(6) Ley 6, tit. XXXII, lib. III; y leyes 8 y 9, tit. L, lib. IV del Cód.

2 Itèm pretium *in numeratâ pecuniâ* consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo, aut fundus, aut toga alterius rei pretium esse possit, valdè quærebatur. *Sabinus et Cassius etiam in aliâ re* putant posse pretium consistere: unde illud est, quod vulgò dicebatur, per permutationen rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utebantur Græcò pöëtâ Homerô, qui aliquâ parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse ait, permutatis quibusdam rebus, his verbis:

»Ενθεν ἄρ' οἰνίζοντο καρηκομόωντες
'Αχαιοί,
»Ακλοι μὲν Χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι
σιδήρῳ,
»Αλλοι δε ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι
βόεσσιν,
»Αλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι

Diversæ scholæ auctores contrà sentiebant, aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. Alioquìn non posse rem expediri permutatis rebus, quæ videatur res venisse, et quæ pretii nomine datam esse? nam utramque videri et venisse, et pretii nomine datam esse, rationem non pati (*a*). Sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus, à venditione separatam, meritò prævaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adjuvatur, et validioribus rationibus argumentatur. *Quod et anteriores divi principes admiserunt*, et in nostris Digestis latiùs significatur (*b*).

El precio debe consistir en dinero contante. Disputábase reñidamente si podia consistir en otras cosas, por ejemplo, en un esclavo, en una heredad ó en una toga. Sabino y Casio se decidieron por la opinion afirmativa; así es que vulgarmente se decia que la compra-venta se verificaba por la permuta de las cosas y que esta era su primitiva forma, valiéndose para probarlo de la autoridad del poeta griego Homero, que refiere en cierto lugar que el ejército de los griegos se habia proporcionado vino por otros objetos que dió en cambio; expresándose en estas palabras: 2

Los griegos de larga cabellera adquirieron vino; unos por cobre otros por brillante acero; unos por pieles de bueyes, otros por bueyes, ó por esclavos.

Otros partidarios de diferente escuela llevaban la opinion contraria, y creian que la permuta era un contrato diferente del de compra-venta. A no ser así, no se sabría, cuál era la cosa que se vendia y cual la que se daba como precio, y la razon no permite considerar las dos cosas á la vez como cosa y como precio (*a*). Por esto prevaleció con razon la opinion de Próculo, que decia que la permuta era una especie particular de contrato, distinto de la venta; opinion fundada en otros versos de Homero, y sostenida con mas plausibles razones. Esta opinion, que fué admitida ya por los Emperadores que nos precedieron, está más desarrollada en nuestro Digesto.

ORÍGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 141, Com. III de sus Inst.)
(b) Conforme con Paulo. §. 1, ley 1, tit. I, lib. XVIII del Dig.)

Comentario.

In numeratâ pecuniâ.—El precio no solamente debe ser cierto, sino tambien consistir en dinero; mas si fijado así, se diese despues otra cosa en pago al vendedor con su consentimiento, no se entenderá cambiado el contrato (1), puesto que, como en un caso parecido dice Ulpiano (2), el primer contrato es el que prevalece.

Sabinus et Cassius etiam in aliâ re.—Fundábase la escuela de los Sabinianos para considerar la permuta y la compra-venta como un mismo contrato, en que esta era una modificacion de aquella obligacion primitiva.

Diversæ scholæ auctores.—No puede negarse que el contrato de compra-venta, aunque derivado del de permuta, es del todo diferente, porque la facilidad de distinguir la cosa del precio y al comprador del vendedor, dá lugar á consecuencias que la permuta no puede producir.

Quod et anteriores divi principes admiserunt.—Aluden estas palabras á los Emperadores Diocleciano y Maximiano, de los que hay en el Código (3) dos constituciones dadas en el sentido en que habla aquí Justiniano.

3 Cùm autèm *emptio et venditio contracta sit*, (quod effici diximus, simùlatque de pretiô convenerit, cum sine scripturà res agitur): *periculum rei venditæ* statìm *ad emptorem pertinet, tamenetsi adhùc ea res* emptori *tradita non sit.* Itaque, si homo mortuus sit, vel aliquâ parte corporis læsus fuerit, aut ædes totæ, vel aliquâ ex parte incendiô consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus, vel aliquâ ex parte ablatus sit, sivè etiàm inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis longè minor aut deterior esse cœperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licèt rem non fue-

Desde que se ha contraido la compra-venta, lo cual hemos dicho que se verifica inmediatamente que se ha convenido acerca del precio cuando el contrato se hace sin escritura, el riesgo de la cosa vendida pertenece al comprador, aunque todavía esta no se le haya entregado. Por lo tanto si el esclavo ha muerto ó ha sufrido alguna lesion, si todo el edificio ó parte de él ha sido consumido por un incendio, si toda la heredad ó una parte de ella ha sido llevada por la violencia del rio, ó se ha reducido ó deteriorado mucho por efecto de una inundacion, ó han sido arrancados por un 3

(1) Ley 9, tit. XLV, lib. IV del Cód.
(2) §. 13, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.
(3) Leyes 3 y 7 tit. XLIV. lib. IV.

rit nactus, pretium solvere. Quicquid enim *sine doló et culpá venditoris acciderit,* in eô venditor securus est. Sed et, si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesit, ad emptoris commodum pertinet: nam et *commodum ejus esse debet, cujus periculum est* (*a*). Quodsi fugerit homo, qui veniit, aut subreptus fuerit, ità ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, *an custodiam ejus* usque ad traditionem *venditor susceperit.* Sanè enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet; si non susceperit, securus erit. Idem et in ceteris animalibus ceterisque rebus intelligimus. Utiquè tamèn vindicationem rei et condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè, qui rem nondùm emptori tradidit, adhùc ipse dominus est. Idem est etiàm de furti et de damni injuriæ actione (*b*).

huracan los árboles que tenia, la pérdida es para el comprador, el cual tiene obligacion de pagar el precio aunque no haya recibido la cosa, porque el vendedor se libra de los daños que han ocurrido, cuando no interviene dolo ó culpa por su parte. Mas si despues de celebrado el contrato, la heredad tiene por aluvion algun incremento, este cede en utilidad del comprador, porque las ventajas deben corresponder á aquel á quien tocan los peligros (*a*). Si el esclavo vendido se fugase ó fuere robado sin que mediase dolo ó culpa del vendedor, debe distinguirse el caso de que el vendedor tomase sobre sí los riesgos de su custodia ó no: si los tomó, la pérdida es para él; si no los tomó, de nada debe responder. Esta regla es aplicable á los animales y á las demás cosas. Mas deberá el vendedor ceder al comprador la reivindicacion y la condiccion, porque el que no ha hecho la entrega al comprador permanece aún dueño: lo mismo sucede con las acciones de hurto y de daño injusto.

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. inicial, ley 7, tit. VI, lib. XVIII del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 4, ley 35, tit. I, lib. XVIII del Dig.)

Comentario.

Cùm emptio et venditio contracta sit.—El texto que precede es el único de los de este título en que el Emperador habla de algunos efectos del contrato de compra-venta. Supliendo las doctrinas que omite, me haré sucintamente cargo, antes de comenzar á explicar las palabras de este párrafo que lo requieren, de las obligaciones del vendedor y del comprador.

El vendedor está obligado:

1.° A entregar al comprador la cosa vendida en el lugar y al tiempo convenido (1). La entrega hace al comprador dueño de la cosa

(1) §. 2, ley 11, tit. I, lib. IX del Dig.

en el caso de que el vendedor lo fuera; puesto que por la tradicion, y no por las convenciones, se trasfiere el dominio. Mas esta regla no es absoluta: asi, en un contrato condicional, aunque el vendedor entregue al comprador la cosa que vendió y que era suya, antes de cumplirse la condicion no le traspasará el dominio; la razon es, porque realmente no hay venta; y como la tradicion no está precedida de un titulo, de una justa causa, no puede trasferir el dominio: así sucede tambien en el caso de que siendo pura la venta, y por consiguiente quedando el comprador obligado á pagar desde luego la cantidad convenida, el vendedor sin esperar á esto y sin haber recibido ninguna garantia que le asegurara del pago, entregase la cosa; porque entonces se considera que no quiso vender, ni entregar, ni trasferir el dominio, sino bajo la condicion de que se le pagara. Si el vendedor no fuese dueño de la cosa, es claro que no podrá trasferir su dominio al comprador, sino solamente la facultad de prescribirla, teniendo éste buena fé.

2.° A entregar con la cosa vendida sus frutos y accesiones.

3.° A prestar en la conservacion de la cosa vendida, antes de entregarla, la diligencia de que se hablará en este comentario.

4.° A responder de los defectos ocultos de la cosa vendida, que ó la hagan inútil para el uso á que se la destina, ó que disminuyan su valor en términos que á saberlos el comprador no hubiera celebrado el contrato, ó al menos no hubiera pagado el precio que satisfizo. El edicto edilicio que formalizó esta obligacion del vendedor, usó para señalar tales defectos ocultos de las palabras *morbi*, *vitia*, y dió á los compradores dos acciones: la *redhibitoria* para anular el contrato, y la *quanti minoris* para obtener la reduccion del precio (1). Estos remedios tienen lugar tambien aun cuando los vicios ó defectos no sean ocultos, si el vendedor aseguró que la cosa vendida no los tenia, ó si le atribuyó circunstancias favorables de que carecia (2). Consultando á la claridad, dejaré las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* para tratar de ellas al final de este título.

5.° A garantizar al comprador contra toda eviccion, esto es, asegurarle de la indemnizacion en el caso de que fuese privado de la posesion de la cosa: doctrina de que, para evitar aqui confusion, trataré tambien al finalizar este título.

El comprador está obligado:

1.° A pagar el precio; lo cual debe hacer en el momento de entregársele la cosa vendida, si el contrato es puro; y si es á dia, cuando

---

(1) §§. 6 y 8, ley 1; y §§. inicial, y 1, ley 19, tít. I, lib. XXI del Dig.
(2) §. 4, ley 13; §. 2, ley 17; y leyes 18 y 19, tít. I, lib. XXI del Dig.

llegue el término fijado en la obligacion. Si el comprador cae en demora respecto al pago, esto es, si deja pasar el término fijado en el contrato para hacerlo, ó cuando no habiéndose expresado plazo no paga despues de ser requerido por el vendedor, ó al recibir la cosa no vendida al fiado, debe desde entonces los intereses del precio (1). Estos no se adeudan antes, porque en la omision del vendedor para pedir el precio, se entiende que implícitamente ha querido remitirlos. Aun en el caso de creer el comprador que le asisten motivos poderosos para retener el precio, por ejemplo, por estar amenazado de una eviccion próxima, todavia deben computarse los intereses, á no ser que judicialmente consignare el precio (2).

2.° A reembolsar al vendedor los gastos que haya hecho de buena fé en la conservacion de la cosa desde la perfeccion del contrato hasta la tradicion de la cosa vendida (3).

3.° A sufrir la pérdida ó menoscabo de la cosa, si perece por caso fortuito, pagando sin embargo el precio prometido. Esta última obligacion del comprador es la que expone el Emperador en el párrafo que paso á comentar.

Periculum rei venditæ ad emptorem pertinet, tamenetsi adhùc ea res tradita non sit.—El vendedor conserva el dominio de la cosa vendida hasta que la entrega, puesto que, como queda dicho, el dominio no se trasfiere por el contrato, sino por la tradicion. Si la regla de que la cosa perece para su señor fuera inflexible y aplicable á toda clase de contratos, como al comodato, habria en este caso una deviacion de los principios generales. Mas no es así: la regla verdadera y constante, cuando se trata de á quién pertenece la pérdida de la cosa objeto de un contrato, es, que el deudor de especie determinada se liberta por su destruccion; regla que sirve tambien para explicar el motivo por qué la cosa dada en comodato perece para el comodante y no para el comodatario. En efecto, seria absurdo que en el caso fortuito de que se hubiese muerto, por ejemplo, un caballo vendido, se solicitase la entrega del caballo vivo por el comprador, entrega imposible; y por otra parte seria tambien absurdo que se reclamasen perjuicios é intereses al vendedor, inculpable absolutamente de la muerte del caballo. Mas no por esto se libertará el comprador de pagar el precio, si ya no lo hubiese satisfecho; lo cual no debe parecer extraño, porque el contrato de compra-venta, como todos los bilaterales, supone que los contrayentes á la vez son obligantes y obligados, es decir, acreedores y deudores: el ven-

(1) §§. 20 y 21, ley 13, tít. I, lib. XIX del Dig.; y ley 5, tít. XLIX, lib. IV del Cód.
(2) §. 1, ley 18, tít. I, lib. XXII del Dig.; y leyes 6 y 9, tít. XXXII, lib. IV del Cód.
(3) §. 22, ley 13, tít. I, lib. XIX del Dig.; y ley 16, tít. XLIX, lib. IV del Cód.

dedor es acreedor del precio y deudor de la cosa; y á la vez el comprador es deudor del precio y acreedor de la cosa: es decir, que bien considerado todo, hay dos obligaciones que tienen hasta cierto punto una existencia independiente, de las cuales la del vendedor puede sufrir modificaciones y aun caducar por las variaciones ó por la extincion de la cosa vendida, al mismo tiempo que permanezca inalterable la del comprador (1); porque este nunca puede alegar haber perecido el precio que debia pagar, puesto que es deudor de género, y el género nunca perece. No debe negarse que este modo aislado de considerar las obligaciones del comprador y del vendedor dá lugar á alguna objecion, que á primera vista parezca, no solo fundada, sino tambien decisiva. Puede decirse: el comprador se ha obligado á pagar el precio con la condicion de tener la cosa, y aun más: la cosa es la verdadera causa de su obligaciom; faltando, pues, la causa de la obligacion, la obligacion debe ser nula. Mr. Etienne observa, que á ser cierto que la causa de la obligacion del comprador fuera la obtencion de la cosa vendida y la ejecucion de la obligacion por parte del vendedor, no tendria réplica la objecion propuesta; pero que no es así, sino que la obligacion del comprador reconoce por causa la obligacion del vendedor, y no la ejecucion del contrato por parte de este: el que se obliga á entregar la cosa vendida hace el sacrificio de encadenar su voluntad, relativamente á la facultad de disponer de lo que vendió; sacrificio irrevocable, y que conserva todo su valor como causa del contrato, aunque la cosa haya perecido. Así es, que cuando en un contrato verbal una persona estipula que otra le dé una cosa determinada, esto es porque generalmente ha precedido un valor, un motivo que haya impulsado el ánimo del promitente; y sin embargo, si la cosa cierta prometida perece por caso fortuito, queda libre el promitente, sin que pueda el estipulante reclamar de él como indebido el valor ó la cosa que sirvió para determinar á aquel á hacer la oferta.

Los motivos que quedan expuestos para fundar el principio de que el peligro de la cosa vendida y no entregada pertenece al comprador, como se apoyan en que siendo el vendedor deudor de especie se liberta cuando esta perece, no pueden ser extensivos al caso en que lo vendido sea el género, por ejemplo, un caballo; porque el objeto que no es determinado, no puede decirse que sufre menoscabos, ni que perece. La misma doctrina tiene lugar cuando los objetos están designados, pero vendidos al peso, al número ó á la medida,

(1) §. 2, ley 5, tít. V, lib. XVIII; § inicial, ley 11, tít. II, lib. XXI del Dig.; y ley 6, tít. XLVIII, lib. IV del Cód.

mientras no se verifique el hecho de pesarlos, contarlos ó medirlos (1): ni es menester para explicar esta excepcion salir de las doctrinas que ya quedan expuestas, porque siendo indeterminado el precio antes de verificarse dichas operaciones, resultará que falta un requisito esencial del contrato de compra-venta. En el caso de que las cosas, aun cuando sean de aquellas que en el comercio suelen venderse al peso, al número ó á la medida, no se vendan así, sino en masa ó alzadamente, *per aversionem,* y se fije por ellas un precio general independiente de su mayor ó menor cantidad, como que entonces hay un precio cierto y la compra está perfeccionada, conserva toda su fuerza el principio que el texto nos inculca: *periculum rei venditæ statìm ad emptorem pertinet, tamenetsi adhùc ea res emptori tradita non sit* (2). En la venta alternativa de diferentes cosas el peligro es del vendedor antes de la eleccion, porque hasta entonces no puede considerarse como deudor de especie determinada; pero si perecieren todas antes de elegir, la última cosa que perezca perecerá para el comprador, porque faltan ya todas las que han sido objeto de la venta (3).

Sine dolô et culpâ venditoris acciderit.—La pérdida ó menoscabo de la cosa vendida y no entregada, si proviene de caso fortuito, segun queda dicho corresponde al comprador; mas si es efecto de mala intencion del vendedor, ó de su negligencia, esto es, del dolo, de la culpa lata ó de la culpa leve *in concretô* ó *in abstractô,* entonces sobre el vendedor recaerán las consecuencias del daño que ha ocasionado; porque no seria justo que la mala voluntad, el hecho ó la omision culpable de uno, se convirtiese en daño del otro (4).

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.—Este principio es una de las reglas del derecho (5), en los términos que lo formuló Paulo: *secundùm naturam est, commoda cujuscumque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.* Consecuencia de él es, que, como dice este texto, el incremento que por aluvion tuviere la heredad vendida pertenezca al comprador; que á este correspondan tambien el feto de los ganados, el parto de las esclavas (6), los frutos que ya estan maduros (7), las obras de los esclavos y las pensiones de los arrendamientos ó de los trasportes hechos con las naves ó con las bestias vendidas (8).

---

(1) §§. 5 y 6, ley 35, tit. I, lib. XVIII del Dig.
(2) §. 2, ley 62 del mismo titulo y libro.
(3) §. 6, ley 34 del mismo titulo y libro; y §. inicial, ley 95, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(4) Ley 3, tit. VI, lib. XVIII; y §§. 11 y 12, ley 31, tit. I, lib. XXI del Dig.
(5) Ley 10, tit. XVII, lib. L del Dig.
(6) Ley 16, tit. XLIX, lib. IV del Cód.
(7) §. 10, ley 13, tit. I, lib. XIX del Dig.
(8) §. 13, ley 13 del mismo titulo y libro.

An custodiam ejus venditor susceperit.—En otro lugar (1) he manifestado la obligacion que sobre sí tomaba el que se comprometia á custodiar la cosa.

4 Emptio tàm *sub conditione*, quàm pura contrahi potest. Sub conditione, veluti SI STICHUS INTRA CERTUM DIEM TIBI PLACUERIT, ERIT TIBI EMPTUS AUREIS TOT.	La compra puede contraerse así bajo condicion como puramente: bajo condicion, por ejemplo, SI STICO TE CONVIENE DENTRO DE TAL TÉRMINO, TE SERÁ VENDIDO EN TANTOS ÁUREOS.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 146, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Sub conditione.—Comun es á la venta con los demás contratos, que pueda contraerse bajo condicion lo mismo que puramente. La condicion puede ser ó suspensiva ó resolutoria. El ejemplo del texto es de una condicion suspensiva. Frecuentemente se pone tal clase de condiciones en este contrato, porque hay cosas que no se compran con facilidad antes de experimentarlas. Nótese que en semejantes casos es necesario fijar un término para que haya contrato, *intra certum diem*, como dice el texto; la omision del término daria lugar á que la venta fuera nula, como dejada absolutamente á la voluntad y al capricho de uno de los otorgantes: así es, que la venta que llevase la cláusula *quanti voles*, refiriéndose al precio, ó *si placebit* refiriéndose al mismo contrato, sería nula (2). En el caso de ponerse una condicion resolutoria (3), por ejemplo, la de quedar deshecho el contrato si la cosa comprada no fuere del agrado del comprador dentro de cierto término, se reputa la venta como pura, y produce desde luego sus efectos, sin perjuicio de que se deshaga por la voluntad del comprador (4); mas téngase en cuenta, que es necesario que se prefije el término dentro del cual ha de usar el comprador del derecho de rescision. La condicion resolutoria, por lo tanto, produce el efecto, no de suspender la obligacion, sino de hacerla cesar, ó mas bien considerarla como si nunca hubiera existido.

El contrato de compra-venta puede modificarse, no solo con una condicion suspensiva ó resolutoria, sino tambien con otros pactos ó leyes, *pacta, leges emptionis venditionis*, que sin cambiar la esen-

(1) Al comentar el §. 2, tít. XIV de este Libro.
(2) Ley 7: §. 1, ley 35, tít. I, lib. XVIII del Dig; ley 13, tít. XXXVIII, lib. IV del Cód.
(3) Ley 3, tít. I, lib. XVIII del Dig.; y ley 4, tít. LVIII, lib. IV del Cód.
(4) §. 5, ley 2, tít. IV, lib. XLI del Dig.

cia del contrato, produzcan notable diferencia en sus efectos; pactos lícitos que refiriéndose solo á las circunstancias naturales del contrato, lo modifican notablemente, y deben observarse. Entre ellos merecen particular atencion los conocidos con los nombres de *adicion á dia, ley comisoria y retroventa*, respecto de cada uno de los cuales creo conveniente hacer algunas indicaciones, considerando este lugar el mas oportuno para ellas.

Adiccion á dia. El pacto de *adiccion á dia*, *pactum addictionis in diem*, que frecuentemente se llama simplemente *addictio in diem*, es objeto de un título especial en el Digesto (1). Puede ser definido, *el pacto por el que se conviene que si en un término dado encuentra el vendedor quien haga mejores condiciones que aquellas á que está obligado el comprador, el contrato ó no se perfeccione ó se rescinda.*

De esta definicion se infiere que el pacto de adiccion á dia, unas veces modifica la venta con una condicion suspensiva, y otras con una condicion resolutoria; de modo que en un caso el contrato es condicional y en otro es puro, porque la condicion resolutoria del contrato no impide que este sea puro en su orígen, si bien lo hace condicional en su resolucion. Y esta distincion es muy interesante, porque si la adiccion á dia está hecha con una condicion resolutoria, la venta quedará perfeccionada, el comprador dispondrá de la cosa vendida, percibirá sus frutos y accesiones, podrá prescribirla, y correrá sus riesgos: lo contrario sucederá si la venta se ha hecho bajo una condicion suspensiva (2). Las palabras con que esté concebido el pacto son las que deben servir de regla para conocer si es suspensiva ó resolutoria la condicion añadida á la venta.

Entiéndese que se hace mejor la condicion de la compra-venta siempre que el segundo contrato contenga alguna cosa que consulte más á la utilidad del vendedor (3): así, no solamente es el aumento del precio, sino tambien su pago anticipado, la mejor oportunidad del lugar para satisfacerlo, las mayores garantías que dé el segundo comprador, las menores que á la vez se exijan del vendedor, y en fin, todo lo que sea disminuir las obligaciones impuestas al vendedor en la primera venta. (4).

Si la venta se ha hecho bajo una condicion suspensiva, en vista de las mayores ventajas ofrecidas al vendedor, se tendrá por no hecha, como sucede con todos los actos condicionales cuando no se

---

(1) Titulo II, lib. XVIII.
(2) §. 1, ley 2: §. inicial, ley 4: §. inicial, ley 6, tit. II; y §. inicial, ley 8, titulo IV, lib. XVIII del Dig.
(3) Ley 5, tit. II, lib. XVIII del Dig.
(4) §. 6, ley 4 del mismo titulo y libro.

cumple la condicion de que dependen. Mas si la venta se ha hecho bajo una condicion resolutoria, el vendedor puede á su arbitrio admitir ó no las mejores condiciones que se le ofrezcan, y en el caso de que las admita, debe hacerlo saber al primer comprador, el cual tiene el derecho, ó bien de separarse del contrato dejando su adquisicion sin efecto, ó de tomar la cosa por las mejores condiciones que se hayan ofrecido; en uno y otro caso quedará disuelta la venta antigua, si bien en el último nacerá una nueva entre los mismos contrayentes (1). Cuando la primera venta haya quedado rescindida por consecuencia de las mejores condiciones que se ofrecieron para la segunda, deberán las cosas restituirse al estado en que se hallaban al celebrarse el primer contrato; y por lo tanto el vendedor ha de restituir el precio con los intereses ó frutos civiles correspondientes, y el comprador á su vez tendrá que restituir la cosa con sus frutos y accesiones (2).

Ley comisoria. La ley comisoria tiene gran semejanza con el pacto de adiccion á dia, porque así como por este se resuelve la venta en virtud de las mejores condiciones que se hacen al vendedor, así por la ley comisoria se disuelve tambien si los contrayentes no cumplen con aquello á que respectivamente se obligaron. Consagra tambien el Digesto (3) un título especial á esta materia. La ley comisoria puede definirse, *la cláusula ó pacto puesto en el contrato de compra-venta, en virtud de la que si uno de los contrayentes falta por su parte al contrato, se considera este como no efectuado.* El célebre Cujas ridiculiza que para indicar esta cláusula se use de la frase *ley* comisoria, en lugar de la de *pacto* comisorio. En efecto, si porque este pacto es una ley ó una circunstancia obligatoria en las compras y ventas en que interviene, debe tener la denominacion de *ley* que se le da, ninguna razon habria para negarla á los demás pactos que modifican el contrato. De la definicion que he dado de la ley comisoria se infiere que es una condicion resolutoria del contrato, establecida generalmente á favor del vendedor, con el objeto de que la venta quede deshecha en el caso de que en el término prefijado no se pague el precio convenido (4). A veces tambien se suele pactar que en el caso de venderse de nuevo la cosa, el primer comprador pague al vendedor la diferencia que hay entre su primer precio y el menor en que por segunda vez se venda.

Casi siempre acontece que en las ventas hechas con pacto de ley

---

(1) Leyes 7, 8 y 9, tít. II, lib. XVIII del Dig.
(2) §. 3, ley 4: §. 1, ley 6; y ley 16 del mismo título y libro.
(3) Título III, lib. XVIII.
(4) Ley 2; y §. inicial, ley 4, tít. III, lib. XVIII del Dig.

comisoria se fije un dia como término para el pago del precio convenido; mas aunque esto se omita, no dejará sin embargo de tener fuerza la ley comisoria, si bien será necesario que en tal caso el vendedor interpele para el pago al comprador, porque mientras no se pida á este el precio no puede decirse que falta al cumplimiento del contrato. Mas si, como generalmente sucede, se expresa tiempo dentro del cual deba satisfacerse el precio, entonces habrá lugar á la ley comisoria aunque no haya sido interpelado el comprador, porque el dia pide por el hombre (1). Se libertará de la pena el comprador, y la venta será irrevocable, cuando no haya persona á quien pagar el precio, si se ofrece y consigna en el dia prefijado con la protesta correspondiente (2).

No cumpliendo el comprador por su parte la obligacion hecha bajo el pacto de la ley comisoria, tiene el vendedor la eleccion de aprovecharse de los efectos de la disolucion del contrato, ó bien de reclamar su cumplimiento: derecho alternativo, que se funda en que la ley comisoria, está introducida en su beneficio, y nadie puede ser obligado contra su voluntad á usar de un derecho que le pertenece (3). Mas hecha la eleccion de uno de estos dos medios, no puede adoptar el otro, porque se entiende que ha renunciado á él (4). En el caso de que el vendedor elija la resolucion del contrato, las cosas volverán al estado que habrian tenido si la venta no se hubiera hecho; es decir, que el comprador deberá restituir la cosa con sus accesiones y frutos percibidos en el intermedio, porque como dice el jurisconsulto Neracio (5), no debe quedar nada de la cosa comprada en poder del que faltó á la fé del contrato, á quien por via de pena, se impone tambien la pérdida de lo que haya dado en arras (6), Mas como seria injusto que teniendo el comprador que restituir todo lo recibido, quedase tambien privado de la parte de precio que hubiese satisfecho, es claro que á su vez deberá recibirlo del vendedor.

Retroventa. El pacto de retroventa es *una condicion resolutoria del contrato, en virtud de la cual el vendedor puede volver á adquirir la cosa vendida, si reembolsa al comprador el precio dentro de un término señalado* (7). Las palabras en que se exprese este pacto servirán para fijar su extension y sus efectos.

---

(1) §. 4, ley 4, tit. III, lib. XVIII del Dig.; y ley 12, tit. XXXVII, lib. VIII del Cód.
(2) §. 4, ley 4; y ley 8, tit. III, lib. XVIII del Dig.
(3) Ley 3 del mismo titulo y libro.
(4) §. 2, ley 4; ley 7 del mismo titulo y libro; y ley 4, tit. LIV, lib. IV del Cód.
(5) Ley 5, tit. III, lib. XVIII del Dig.
(6) Ley 6, del mismo titulo y libro.
(7) Ley 12, tit. V, lib. XIX del Dig.; y ley 2, tit. LIV, lib. IV del Cód.

Loca sacra vel religiosa, itèm publica (veluti forum, basilicam) frustrà quis sciens emit, quæ tamen, si pro privatis vel profanis deceptus à venditore emerit, habebit actionem ex emptô, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest, deceptum eum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servô emerit.

El que á sabiendas compra lugares sagrados, religiosos ó públicos, (por ejemplo una plaza, una basílica) celebra un contrato nulo; Mas si engañado por el vendedor los comprare creyéndolos particulares ó profanos, tendrá la accion *ex emptô* contra el vendedor, para obtener indemnizacion de los perjuicios que le resulten de haber sido engañado, por no serle permitido obtener lo que compró. Lo mismo sucede al que compra un hombre libre creyéndolo esclavo.

ORÍGENES.

Conforme con Pomponio. (Leyes 4 y 6, tit. I, lib. XVIII del Dig.)

Comentario.

Loca sacra vel religiosa.—Al hablar de las estipulaciones inútiles (1) manifesté ya la diferencia que habia entre la estipulacion y la venta de las cosas exentas del comercio de los hombres; diferencia fundada en las diversas consecuencias que se desprenden de los contratos de buena fé y de derecho estricto. La estipulacion de estas cosas siempre es nula; la venta no lo es cuando el comprador ignora las circunstancias que prohiben la enagenacion de la cosa, como advierte este texto, porque si bien no puede obtener aquello que compró por estar exento del comercio de los hombres, tiene el derecho de reclamar los daños y perjuicios que le irroga la mala fé del vendedor. Y esta doctrina es extensiva tambien al caso en que tanto el vendedor como el comprador ignoren que la cosa está fuera del comercio (2); si bien entonces parece equitativo que los daños y perjuicios que se sigan al comprador, no deban ser apreciados rigurosamente, por la inculpabilidad del que hizo la venta.

Para completar este tratado, creo que será útil hablar, aunque, concisamente, de algunas doctrinas que ya antes quedan indicadas, y de otras á cuya explicacion no han dado lugar los textos que preceden. Asi, trataré sucesivamente de las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris*, de la rescision de la venta por causa de lesion, y de la eviccion.

Acciones redhibitoria y *quanti minoris*. Al hablar de las obliga-

(1) ‖. 2, tít. XIX de este Libro.
(2) Ley 70, tit. I, lib. XVIII; y ‖. 3, ley 39, tit. II, lib. XXI del Dig.

ciones del vendedor queda dicho que una de ellas es responder de los defectos ocultos de la cosa vendida, ó de los que, no siendo ocultos, fueron negados por el vendedor, siempre que hagan inútil la cosa para el uso á que se la destina, ó que disminuyan su valor en términos que á haberlos sabido el comprador no hubiera celebrado el contrato, ó al menos no hubiera pagado el precio que satisfizo, y que lo mismo es aplicable al caso de que el vendedor asegurase que la cosa vendida tenia circunstancias favorables de que carecia: añadí que de aqui nacian las dos acciones, *redhibitoria* y *quanti minoris*. Ahora hablaré ligeramente de estas acciones en particular.

La accion *redhibitoria*, llamada asi segun Ulpiano (1) porque su objeto es que se deshaga la venta, puede definirse: *la accion que compete al comprador que ha sido engañado, y á su heredero* (2), *contra el vendedor y su heredero* (3), *para que le restituyan el precio y sus intereses* (4), *y reciban la cosa vendida con sus frutos y accesiones* (5). Atendiendo á que por medio de esta accion ambos contrayentes restituyen y obtienen á su vez restitucion, dice Ulpiano, siguiendo á Juliano, que este juicio viene á ser para las dos partes una restitucion *in integrum* (6). Introducida la accion *redhibitoria* en beneficio del comprador que ha sido engañado, no puede tener lugar contra el vendedor en el caso de que provenga de dolo ó de culpa del comprador el vicio de que se queja; porque lo contrario, además de ser opuesto abiertamente al fin de la accion, enriqueceria al doloso ó al culpable con perjuicio del otro. Por esto si habiendo lugar á la accion *redhibitoria* á causa de vicio que ya tenia la cosa en poder del vendedor, sobreviniera deterioro físico ó moral por dolo ó culpa del comprador, éste, al hacer la restitucion y tomar el precio, deberá resarcir al vendedor el menoscabo que haya sufrido la cosa, segun el prudente arbitrio del juez (7). Cuando se venden varias cosas formando una sola venta, ó son compradas unas en consideracion de las otras, ó no pueden separarse sin grave inconveniente, el vicio de una de ellas da lugar á la accion *redhibitoria* respecto de todas: así sucederia cuando se comprase un tiro de dos ó mas caballos; pero no, si se comprase separadamente cada caballo (8).

---

(1) §. inicial, ley 21, tit. I, lib. XXI del Dig.
(2) §. 1, ley 1: §. 5, ley 19; y §. 5, ley 48 del mismo título y libro.
(3) §. 5, ley 23; y §. 5, ley 48 del mismo titulo y libro.
(4) § 1, ley 43 del mismo titulo y libro.
(5) §. 1, ley 1; y §. 9, ley 23 del mismo titulo y libro.
(6) §. 7, ley 23 del mismo titulo y libro.
(7) Ley 23; y §§. 5 y 6, ley 25 del mismo titulo y libro.
(8) Ley 34; y §. 14, ley 38 del mismo titulo y libro.

La accion *quanti minoris*, que tambien se llama *estimatoria* (1), puede definirse: *la que compete al comprador engañado, y á su heredero, contra el vendedor y su heredero, para que le restituyan tanta parte del precio cuanto menos valia la cosa al tiempo de hacerse la venta.* Esta accion tiene puntos de semejanza con la *redhibitoria*: ambas nacen del engaño del vendedor respecto á las cualidades de la cosa; ambas se dan á los herederos, y contra los herederos (2).

Diferéncianse sin embargo estas acciones, en que la *redhibitoria* supone una verdadera restitucion *in integrum* (3), al mismo tiempo que el fin de la *cuanti minoris* es que la venta subsista, devolviendo el vendedor la parte del precio en que el comprador fué perjudicado (4); y en que para entablar la accion *redhibitoria* hay seis meses útiles, y un año para la *quanti minoris*, contándose en una y otra el término desde el dia de la venta (5): si se trata de entablar estas acciones no con motivo de la cosa principal, sino de sus accesiones, ó por no haberse prestado oportunamente la caucion, entonces la accion *redhibitoria* dura setenta dias, y la *quanti minoris* seis meses (6).

Las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris* no pueden ser entabladas simultáneamente: al comprador corresponde intentar la que crea mas conveniente; pero elegida una, no puede usar de la otra (7).

Rescision de la venta.—El Digesto (8) y el Código (9) tratan especialmente de la rescision de la venta. Como en el discurso de este título he hablado ya de las condiciones resolutorias que hay en los pactos de ley comisoria, en el de retroventa, y á veces en el de adiccion á dia; como he explicado tambien la accion redhibitoria; y como el mútuo disentimiento, la violencia ó el dolo, que son causas por las cuales puede quedar sin efecto la venta, no son peculiares á esta clase de contratos, me limitaré ahora, para completar esta materia, á la rescision que se hace por falta de proporcion entre el precio y la cosa. La desproporcion entre el precio y la cosa se llama *lesion*. La compra-venta, como todos los contratos de buena fé, requieren cierta igualdad en ambos contrayentes respecto á lo que adquieren y lo que pierden: por esto siempre que haya una grande di-

---

(1) §. inicial, ley 18: §. 6, ley 43; y §. 2, ley 44, tit. I, ley XXI del Dig.
(2) §§. 2 y 6, ley 1: §. 20, ley 17; y §. 5, ley 48 del mismo titulo y libro.
(3) Ley 60 del mismo titulo y libro.
(4) Ley 38 del mismo titulo y libro.
(5) §. 6, ley 19 del mismo titulo y libro.
(6) Ley 28, y §. inicial, ley 38, del mismo titulo y libro.
(7) §. 1, ley 25, tit. II, lib. XLIV del Dig.
(8) Tit. V, lib. XVIII
(9) Tit. XLIV, lib. IV.

ferencia entre el valor verdadero y el convencional de las cosas, la ley viene en auxilio de las personas perjudicadas, reputándolas víctimas de un engaño. Pero para evitar que esta equitativa disposicion sea un manantial inagotable de litigios, como sucederia si á título de haber cualquiera desproporcion se permitiera á los particulares separarse de la obligacion que contrajeron, y rescindirla, los Emperadores Diocleciano y Maximiano (1) establecieron, que en tanto pudieran rescindirse las ventas, en cuanto la lesion fuese en mas de la mitad del justo precio. Las leyes que fijan la lesion hablan solamente de heredades, y se refieren únicamente al contrato de compra-venta y á los perjuicios ocasionados al vendedor: lo cual ha dado lugar á que los intérpretes disputen sobre si tiene lugar la rescision en la venta de las cosas muebles, si es extensiva al caso de que el perjudicado en mas de la mitad haya sido el comprador, y por último, si debe ser extensiva esta doctrina á los demás contratos onerosos. Paréceme poco dudoso que no debe entenderse la disposicion de las leyes limitada á las cosas inmuebles: si á ellas especialmente se refieren los rescriptos de los Emperadores Diocleciano y Maximiano al usar la palabra *fundus*, es porque acerca de heredades versaba el caso particular que se les consultaba; y aún asi, en uno de aquellos rescriptos (2) se empieza hablando generalmente de cosas, si bien se concreta luego á las inmuebles; á esto debe agregarse que no es fácil señalar la razon de diferencia entre unas y otras. Mayor duda ofrece á mi juicio la segunda cuestion; la igualdad que debe haber en la condicion de los contrayentes en los contratos de buena fé, parece exigir, que si la compra-venta se rescinde por ser perjudicado el vendedor en mas de la mitad del justo precio, debe tambien rescindirse si el perjudicado en iguales términos es el comprador. Esto me parece lo mas probable: no desconozco, sin embargo, que pudo fundarse la ley, al hablar solamente de los perjuicios del vendedor, en la presuncion de que la penuria y la necesidad del momento le indujeron á deshacerse de la cosa á vil precio, consideracion que no tiene lugar respecto al comprador. Respecto á la última cuestion, creo que lo que dicen las leyes acerca de la venta no debe hacerse extensivo á los demás contratos onerosos, en los que no concurre la razon principal que pudo haber para la rescision, á saber, el evitar que los compradores abusaran de la triste situacion á que los vendedores se veian reducidos; á lo que se agrega que estas leyes rescisorias, como poco favorables al cumplimiento de la voluntad de los contrayentes, deben interpretarse estrictamente. La rescision por le-

---

(1) Leyes 2 y 8, tit. XLIV, lib. IV del Cód.
(2) Ley 2 del mismo título y libro.

sion en más de la mitad del justo precio en los casos en que procede, se obtiene entablando la accion que nace del mismo contrato, y que en este caso toma el carácter de restitucion *in integrum*. No tiene lugar en las ventas aleatorias, puesto que la incertidumbre iguala en ellas la condicion de los contrayentes (1). Por último, el vendedor puede evitar la rescision ofreciendo completar el valor de la cosa vendida (2).

Eviccion.—Entre las obligaciones del vendedor he puesto anteriormente la que tiene de garantir al comprador contra toda eviccion, y de propósito dejé esa materia para tratar ahora de ella. Entiéndese por eviccion *la privacion de la cosa vendida, á causa de haber sido reivindicada por un tercero en juicio fallado á su favor*. Queda ya expuesto repetidas veces que el vendedor, si bien no tiene obligacion de hacer al comprador dueño de la cosa vendida, está obligado á entregársela libre y franca, de modo que pueda ejercer sobre ella los derechos de señor y prescribirla, si el que se la vendió no tenia el dominio de ella. Consecuencia de esto es que el comprador, mientras por efecto de la tradicion esté facultado para disponer de la cosa, aunque llegue á saber que corresponde á otro, nada puede reclamar del vendedor; pero que le quede un recurso contra él, siempre que sea disturbado legalmente en su posesion: A este deber del vendedor se llama obligacion de eviccion, *evictionis nomine* (3) *obligatio*, ó prestar la eviccion, *evictionem præstare* (4) *auctoritatem præstare, auctor esse*. De aquí puede inferirse que la palabra *evincere* quiere decir obtener judicialmente y en virtud de un derecho preexistente, una cosa que otro poseia en virtud de un título legítimo; que *res evicta* es la cosa así ganada judicialmente; que *prestar la eviccion* es lo mismo que indemnizar al comprador del quebranto ó pérdida que sufre por quitársele la cosa cuya posesion le fué dada por el vendedor. Ni es necesario que pierda el comprador toda la cosa vendida, para que haya lugar á esta indemnizacion: basta al efecto que solo pierda una parte de ella. (5).

Para que tenga lugar la indemnizacion en consecuencia de la eviccion, se requiere:

1.° Que haya perdido el comprador la cosa que se le entregó por el vendedor en un verdadero juicio, sea de la naturaleza que quiera; así nada importa que el demandante haya salido vencedor por consecuencia de la reivindicacion, ó de la accion serviana, ó de la

---

(1) §. 1, ley 8, tit. I; y leyes 10 y 11, tit. IV, lib. XVIII del Dig.
(2) Leyes 2 y 8, tit. XLIV, lib. IV del Cód.
(3) §. 3, ley 39, tit. II, lib. XXI del Dig.
(4) §. 2, ley 39, del mismo título y libro.
(5) Leyes 1 y 13: §. 2, ley 39: §. inic., ley 53; y §§. 1 y 3, ley 64, tit. II, lib. XXI del Dig.

de *communi dividundô*, ó de cualquiera otra (1). No sucederá lo mismo en el caso de que se hubiese comprometido el pleito en manos de árbitros; porque, como dice Paulo (2), ninguna necesidad tenia el comprador de convenir en el juicio arbitral.

2.° Que sea justa la sentencia; porque la injusticia ó el error del juez que daña al comprador, no debe convertirse contra el vendedor (3).

3.° Que el comprador no haya sido condenado por su culpa: como sucede si no se mostró parte en el juicio (4), porque entonces parece mas bien vencido por su rebeldía que por la mala causa; si no presenta oportunamente la escepcion que tiene derecho á oponer (5); ó si pudiendo de cualquiera manera conservar la cosa, no lo hizo (6). Lo mismo sucede si sabiendo que la cosa era agena ó estaba obligada á otro, la compró sin hacer mérito de la eviccion (7), porque esto es una renuncia tácita de su derecho.

4.° Que la causa de la eviccion sea anterior al derecho adquirido por el comprador; porque el vendedor no debe responder mas que por el tiempo anterior al contrato.

5.° Que preceda á la sentencia la denuncia ó manifestacion del comprador al vendedor, y en su defecto á sus herederos, dándole conocimiento que se le ha movido un pleito, á fin de que puedan venir á defenderse, *litem renunciare* (8), *auctorem laudare* (9). Solamente cesa la necesidad de hacer esta denuncia cuando el mismo vendedor haya renunciado expresamente á ella (10), ó cuando sea la causa de que no se le haga (11), ó cuando no pueda averiguar el comprador el lugar donde se halla (12). No están conformes los intérpretes acerca del tiempo en que debe hacerse saber el pleito al vendedor: paréceme, sin embargo, atendiendo al fin de su introduccion y á que dice Pomponio que no ha de hacerse próximamente á la condenacion (13), que debe tener lugar en tiempo oportuno para que el vendedor pueda presentar y hacer valer los medios de prueba que sean conducentes al buen éxito del negocio.

---

(1) §§. 1, y 2, ley 24, tit. II, lib. XXI del Dig.
(2) §. 1, ley 56, del mismo título y libro.
(3) §. inicial, ley 51, tit. II, lib. XXI del Dig.; y leyes 8 y 15, tit. XLV, lib. VIII del Cód.
(4) Ley 8, tít. XLIV, lib. IV del Cód.
(5) Ley 27, tit. II, lib. XXI del Dig.
(6) §. 1, ley 29 del mismo título y libro.
(7) Ley 27, tit XLIV, lib. VIII del Cód.
(8) §. 2, ley 29: §. 1, ley 51: §. 1, ley 55: §§. 4, 5 y 7, ley 56; y ley 59, tit. II, lib. XXI del Dig.
(9) §. 1, ley 63, tít. II, lib. XXI, del Dig.; y leyes 7 y 14, tit. XLV, lib. VIII, del Cód.
(10) §. inicial, ley 63, tit. II, lib. XXI del Dig.
(11) §. 1, ley 55; y §. 5, ley 56 del mismo título y libro.
(12) §. 6, ley 56 del mismo título y libro.
(13) §. 3, ley 29 del mismo título y libro.

Cuando han concurrido todas estas circunstancias en la eviccion, tiene el comprador dos acciones para conseguir que el vendedor le indemnize; una es la accion *empti*, otra la *ex stipulatu*. Con la accion *empti* puede reclamar la restitucion del precio que haya pagado, el abono de los gastos necesarios y útiles que haya hecho para la conservacion de la cosa misma, ó para sostener el pleito, y en una palabra, de todos los perjuicios que se le ocasionen por causa de la eviccion. Mas en caso de que el comprador saliere vencedor, no puede pedir los gastos que le hayan ocasionado los procedimientos judiciales, porque el vendedor no responde de los casos fortuitos, á cuya clase pertenece la calumnia. Por la accion *ex stipulatu* consigue el comprador del vendedor toda la suma estipulada para el caso de eviccion: esto necesita alguna mayor explicacion. Como segun otras veces queda dicho, es incierto y de difícil prueba el acreditar qué es lo que interesa al comprador en el caso que pierda la cosa comprada; los romanos, para evitar esta necesidad, introdujeron estipulaciones ó cauciones llamadas *duplæ*, en virtud de las cuales se obligaba el vendedor en caso de eviccion á pagar el doble, el triplo ó el cuadruplo del precio que habia llevado por la cosa (1), lo cual hacian á las veces sin estipulaciones, por mero pacto, que como unido á un contrato de buena fé en el acto de celebrarse, era obligatorio (2). Despues las leyes establecieron que se pagara el duplo, en el caso de que hubiera sido el comprador privado por la eviccion de objetos de gran valor, como piedras preciosas; á no ser que en otra cosa convinieran los contrayentes (3), ó hubiese costumbre en contrario (4). Dióse á estas estipulaciones el nombre de *duplæ*, porque aun cuando dimanaban de la voluntad de los particulares, generalmente eran del duplo.

Las acciones que se dan por causa de eviccion tienen lugar, no solamente cuando se ha desposeido al dueño de la cosa, sino tambien cuando se le ha mandado pagar por órden judicial la estimacion al propietario que la ha reivindicado, y en el caso de que habiendo demandado la posesion á un tercero que poseia la cosa, este haya sido absuelto (5).

La indemnizacion en caso de eviccion no es peculiar del contrato de compra-venta, sino extensiva á todos los contratos y actos onerosos, como á la permuta (6), al arrendamiento (7), á la enfitéu-

---

(1) Ley 13 tit. II, lib. XXI del Dig.
(2) §. inicial, ley 56 del mismo titulo y libro.
(3) §§. inicial y 1, ley 37 del mismo titulo y libro.
(4) Ley 6 del mismo titulo y libro.
(5) §. 13, ley 11; y ley 35, tit. I, lib. XIX del Dig.
(6) Ley 29, tit. XLV, lib. VIII del Cód.
(7) Ley 9, tit. II, lib. XIX del Dig.

sis, á la particion de la herencia (1) á no ser que el testador hubiera hecho la division con ánimo de prelegar (2); y á la division de la cosa comun (3). Respecto á la transaccion no domina siempre la misma regla: cesa la indemnizacion por causa de eviccion si se quita judicialmente la cosa á uno de los transigentes que se quedó con ella, habiendo sido esta misma objeto de la transaccion; pero hay lugar á la indemnizacion en el caso de que la cosa perdida en juicio no sea la misma litigiosa, sino otra diferente dada por uno de los transigentes al otro (4).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Pocas son las diferencias que hay entre nuestras leyes (5) y las romanas respecto á las materias comprendidas en el presente título. Notaré las mas interesantes, siguiendo el método que tengo elegido.

Está en nuestras leyes decidida expresamente la cuestion agitada entre los intérpretes de derecho romano, acerca de si era lícito á los contrayentes en el caso de que mediasen arras, perdiéndolas el comprador ó pagando el duplo el vendedor, separarse de la venta. El Fuero Real (6) resuelve afirmativamente este punto; y con mas claridad aún lo hacen las Partidas (7) distinguiendo dos casos, á saber: el en que las arras se hayan dado como prueba de estar perfeccionado el contrato, y el en que además se hayan entregado como parte de precio; declarando que en el primer caso pueden separarse los contrayentes de la obligacion, perdiendo las arras ó el doble respectivamente, y que en el segundo no puede deshacerse la venta.

Entre las cosas que no son susceptibles de enagenacion deben contarse las vinculadas, en la parte en que por las modernas leyes de desamortizacion no hubieren aun entrado en el comercio; las estancadas por el gobierno, las cuales no pueden venderse sino por sus agentes; las que corresponden al Estado ó á corporaciones que están bajo la tutela de la administracion, á no ser del modo especial que marcan las leyes y reglamentos; y la sucesion de persona determinada, si esta no consiente (8).

---

(1) Ley 7, tit. XXXVII, lib. III del Cód.
(2) §. 8, ley 77, lib. XXXI del Dig.
(3) §. 2, ley 10, tit. III, lib. X del Dig.
(4) Ley 33, tit. IV, lib. II del Cód.
(5) Leyes del tit. V, Part. V.
(6) Ley 2, tit. X, lib. III.
(7) Ley 1, tit. V, Part. V.
(8) Ley 13, tit. V, Part. V.

Respecto al precio dejado al arbitrio de un tercero, tambien está expresamente decidido, que en el caso de que este lo fije mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, haya lugar á la reduccion á albedrío de hombres buenos (1), es decir, al prudente arbitrio del juez.

No es conforme á nuestro derecho que el comprador que no pagué oportunamente el precio esté obligado á satisfacer los intereses, á no ser á título de daños y perjuicios. Esceptúanse las ventas mercantiles, en que la demora en el pago del precio de la cosa comprada, desde que deba esta verificarse segun los términos del contrato, constituye al comprador en obligacion de pagar el rédito legal de la cantidad que adeuda al vendedor (2).

Absoluta es la conformidad que guarda nuestro derecho con el romano respecto al pacto de adiccion á dia (3), lo mismo que sucede con la ley comisoria; mas acerca de esta se halla decidido, que en el caso de deshacerse la venta, los frutos que el comprador percibió en el tiempo fijado para poder resolver el contrato, deben ser restituidos al comprador por el vendedor, si este no quiere devolver las arras ó la parte de precio que hubiere recibido (4).

Por lo que hace á las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris*, presentan nuestras leyes ciertas diferencias respecto de las romanas: conceden únicamente la accion *redhibitoria*, cuando el vendedor sabiendo los vicios de la cosa vendida no los manifestó; porque si los ignoraba, no podrá el comprador entablar sino la *quanti minoris* (5); y respecto al término para entablar la accion *redhibitoria* es siempre el de seis meses, y un año el que compete para la *quanti minoris* (6).

La accion para rescindir el contrato en virtud de lesion, solamente dura cuatro años desde el dia de su celebracion (7).

Más numerosas son las diferencias de ambos derechos respecto á las evicciones. En el nuestro está determinado que la denuncia de pleito debe hacerse al comprador por el vendedor antes de la publicacion de probanzas; y que omitida, este queda libre: añádese tambien, que si el vendedor ofreciere el duplo en caso de eviccion, pueda el comprador pedir, no solamente doble precio de aquel por que compró la cosa, sino el doble de su valor, aunque este se hubiere

(1) Ley 9 del mismo título y Partida.
(2) Art. 375 del Código de Comercio.
(3) Ley 40, tit. V, Part. V.
(4) Ley 38 del mismo título y Partida.
(5) Leyes 63 y 64 del mismo título y Partida.
(6) Ley 65 del mismo título y Partida.
(7) Ley 2, tit. I, lib. X del la Nov. Rec.

aumentado (1). El vendedor á quien se hace la denuncia del pleito, puede obligar al demandante á que litigue con él, no incomodando al comprador; pero si el vendedor no quisiere litigar, puede el demandante seguir el pleito con el comprador, el cual en caso de eviccion tendrá expedito su derecho contra el que vendió (2); mas quedaría privado de este derecho, si no apelase de la sentencia contraria pronunciada en ausencia del vendedor (3). En la venta de una cosa que comprende en sí otras diferentes, como una nave, una casa ó una cabaña, vencido el comprador en juicio por alguna de las cosas comprendidas en la venta, procede á su favor la indemnizacion, del mismo modo que si hubiera sido vencido por todo lo que se le vendió (4). Por último debo decir, que si bien nuestro derecho (5), á imitacion del romano, establece que la division de la herencia que hace el testador en vida entre los que han de heredarle, no dé lugar á accion alguna por causa de eviccion, estó debe entenderse con tal que no queden perjudicadas las legitimas de los herederos forzosos.

Debo advertír en este lugar, que además del pacto de retroventa ó retracto convencional, de que ya se hizo mencion, consignan nuestras leyes los retractos de sangre y abolengo y el de condueños, materia en que la índole de esta obra no me permite detener.

Réstame únicamente hacerme cargo de las innovaciones introducidas por la moderna Ley Hipotecaria. Esta, de conformidad con lo establecido por el Real decreto de 23 de Mayo de 1845, prescribe la inscripcion de los títulos traslativos del dominio de los inmuebles (6), y por consiguiente de la compra-venta relativa á fincas; sin cuyo requisito no producirá efecto contra tercero que no haya sido parte en el contrato (7). Queriendo dar garantía y seguridades al que adquirió, ordena que no se darán las acciones rescisorias y resolutorias contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos (8), á no ser que debieran su origen á causas que consten explícitamente en el registro (9), ó cuando la segunda enagenacion hubiera sido hecha en fraude de acreedores por título gratuito, ó el tercero fuere cómplice en el fraude (10).

---

(1) Ley 32, tít. V, Part. V.
(2) Ley 33 del mismo título y Partida.
(3) Ley 36 del mismo título y Partida.
(4) Ley 35 del mismo título y Partida.
(5) Ley 9, tit. XV, Part. VI.
(6) §. 1 del art. 2 de la Ley Hipotecaria.
(7) Artículo 23.
(8) Artículo 36.
(9) §. 1 del art. 37.
(10) §. 2 del mismo artículo.

TITULUS XXIV.	TITULO XXIV.
De locatione et conductione.	De la locacion-conduccion.

La primera dificultad que se presenta en este título es la de traducir su rúbrica. No hay en nuestro idioma, como en el de los romanos, palabras precisas que correspondan á las dé *locare, conducere*. Los vocablos *logar* y *alogar* que se derivan de la palabra latina *locare* y correspondian á ella, están ya absolutamente anticuados; pero aun suponiéndolos corrientes y admisibles, se encontraria todavía la dificultad de no tener una palabra especial que reemplazara á la de *conducere*, porque la voz *arrendar*, lejos de contraponerse á la de *logar*, sirve mas bien para expresár la misma idea, aunque aplicada á distintos objetos, puesto que significa *dar en arrendamiento*, segun declaran nuestras leyés de Partidas (1), ó como dice Gregorio Lopez, *ad reditum dare*. El uso, árbitro del lenguaje, se separa del de las leyes de Partidas, dando al verbo *arrendar* ya la significacion de *dar*, ya la de *tomar en arrendamiento;* pero á fin de evitar confusion, me parece conveniente traducir las palabras *locatio, conductio*, mas bien que con la de *arrendamiento*, con las de *locacion, conduccion*, version autorizada por la Academia española en su Diccionario; y tendré cuidado cuando use las de *arrendamiento* y *arrendar* de que sea de modo que no pueda introducir confusion, valiéndome frecuentemente de la frase *dar en arrendamiento* en lugar de *locare*, y de la de *recibir en arrendamiento* en lugar de *conducere*.

La misma dificultad se presenta respecto á las palabras *locator* y *conductor;* las de *locador* y *conductor* no estan autorizadas, ni por la Academia ni por el uso; y las de *arrendador* y *arrendatario* que algunos usan para comprender bajo aquella al que los romanos llamaban *locator*, y bajo esta al *conductor*, si bien facilitan la explicacion é inteligencia de las doctrinas, no encuentran apoyo en nuestras leyes, que llaman á veces arrendador al *conductor* de los latinos (2). No seré tan escrupuloso que habiendo admitido las voces *locacion-conduccion*, deseche del todo las de *locador* y *conductor*, y las de *arrendador* y *arrendatario*, especialmente cuando del empleo de otras puede resultar un sentido equívoco, ó poco preciso, ó inexacto. Pero si bien carece el idioma español de palabras genéricas suficientemente expresivas y comprensivas que reemplacen á las de

(1) Ley 1, tít. VIII, Part. V.
(2) Ley 4, del mismo título y Partida.

locare y *conducere*, *locator* y *conductor*, hay en él otras que se acomodan perfectamente á muchas de sus aplicaciones. Para esto conviene advertir que la locacion-conduccion ó es de cosas, *locatio-conductio rerum*, ó de servicios, *locatio-conductio operarum*, ó de obras, *locatio-conductio operis*. Cuando la locacion-conduccion es de cosas, á la palabra *locare* se dá además de la traduccion de *arrendar*, la de *alquilar*, y al que toma en arrendamiento la cosa, si es predio urbano se llama *inquilino* (*inquilinus*), si el predio es rústico *arrendatario* ó *colono* (*colonus*), siguiendo la nomenclatura de los romanos (1), y simplemente *alquilador*, al que da en arrendamiento cosas muebles: al que toma en arrendamiento las rentas públicas, *vectigales*, llamaban los romanos *publicanus* y *manceps*, y nosotros denominamos *empresario* ó *asentista*; á la cantidad que se paga por el uso de la cosa se da el nombre de *alquiler*, *renta*, *arrendamiento* ó *inquilinato* en las fincas urbanas, y de *renta* ó *arrendamiento* en los predios rústicos; palabras que corresponden á las de los romanos *pensio*, *reditus* (2): en las cosas muebles se llama solamente *alquiler*. Más preciso es el idioma, y la ley (3), en los arrendamientos de las embarcaciones, llamando al contrato *fletamento*, *fletante* al que cede el aprovechamiento del buque, *fletador* al que lo toma, y *flete* á la cantidad estipulada por el uso. En la *locacion-conduccion de servicios* la palabra *locare*, que los latinos aplican al que los presta, se traduce entre nosotros por las de *servir*, *estar á salario*, *á sueldo*, *á jornal*; la de *locator* por las de *criado*, *sirviente*; la de *conducere* por las frases de *tener á servicio*, *á sueldo*, *á jornal*; la de *conductor* por las de *amo*, *señor*; y la retribucion del trabajo con las de *salario*, *sueldo* y *jornal*: palabras cuyas diferencias se comprenden mejor por el uso, que con las explicaciones que yo pudiera dar. Por último, en la *locacion-conduccion de una obra* se da el nombre de *ajuste* al contrato; pero respecto de esta clase de contratos, *locatio-conductio operis*, debe tenerse en cuenta que no siempre en las leyes se aplican las palabas *locare* y *locator*, y *conducere* y *conductor* en el mismo sentido, porque ya sirve la de *locator* para designar al que da las obras y recibe la merced, y la de *conductor* al que paga (4), ya por el contrario se cambian las denominaciones (5), aplicándolas del modo opuesto. Esta anomalía consiste en el diferente modo de considerar el contrato, ya con relacion al trabajo del empresario, ya con relacion á la mis-

---

(1) Ley 4, tit. VII, Part. V: §§. 1, 2 y 4, ley 24; y §§. 1 y 2, ley 25, tit. II, lib. XIX del Dig.
(2) Ley 5; y §. 6, ley 9, tit. II, lib. XIX del Dig.
(3) Titulo III, lib. III del Código de Comercio.
(4) §. 9, ley 19: §. 2, ley 22; y ley 38, tit. II, lib. XIX del Dig.
(5) §§. 1, 2 y 3, ley 13; y §. 7, ley 19 del mismo titulo y libro.

na obra, es decir, que en un caso se considera que el que paga ha tomado en arrendamiento el trabajo del operario, y en el otro se considera que el operario ha tomado por empresa el trabajo. Al que se encarga así de la obra se aplica algunas veces en el derecho romano la frase de *redemptor operis* (1), denominacion en cuyo lugar nosotros empleamos tambien el nombre de *empresario*.

Locacion-conduccion es *el contrato en que uno de los contrayentes se obliga á dar á otro el uso de una cosa, ó á hacer ciertas obras, ó á prestar ciertos servicios, y el otro á pagarle una merced determinada consistente en dinero.* De la definicion se infiere que son cuatro los requisitos esenciales de este contrato, á saber: el consentimiento, la cosa ó hecho, la merced, y que esta consista en dinero. Estos requisitos se irán desenvolviendo sucesivamente en los párrafos que siguen.

Locatio et conductio *proxima est emptioni et venditioni*; hisdemque juris regulis consistunt. Nam ut emptio et venditio ità contrahitur, si de pretiô convenerit, sic etiam locatio et conductio ità contrahi intelligitur, *si merces constituta sit* (*a*). Et competit *locatori* quidèm *locati actio*, *conductori* verò *conducti* (*b*).

La locacion-conduccion es muy semejante á la compra-venta, y está sujeta á las mismas reglas. En efecto, asi como la compra-venta se contrae cuando convienen los otorgantes acerca del precio, así la locacion-conduccion se constituye cuando se ha convenido relativamente á la merced (*a*): y compete al que da en arredamiento, la accion *locati*; y al que recibe, la accion *conducti*.

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. inicial, ley 2, tít. II, lib. XIX del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 5, del mismo título y libro.)

Comentario.

Proxima est emptioni et venditioni.—Muchos son los puntos de contacto que hay entre la compra-venta y la locacion-conduccion; pero entre ellas median tambien diferencias, que las separan esencial y característicamente. Una y otra son contratos consensuales bilaterales; constan de dos actos diferentes, que obligando á uno y otro contrayente desde su orígen, producen dos acciones directas inmediatamente que el contrato se celebra: ambas requieren que se dé una cantidad; que esta consista en dinero por parte de uno de los obligados; y ambas son contratos de buena fé. Estos, entre otros, son los principales puntos de semejanza entre la compra-venta y la locacion-conduccion. Mas á su vez tambien hay otros no menos importantes que las separan, de los cuales el principal es, que en el arrendamiento de cosas, el

(1) §. 3, ley 30; §. 1, ley 51; y §. 8, ley 60 del mismo título y libro.

más semejante á la compra-venta, no se trata ni de trasferir la propiedad, ni de que se adquiera la facultad de prescribir, sino de que por la retribucion convenida se use la cosa por tiempo determinado. Los objetos de esta obligacion son, por una parte la cosa que se cede ó el hecho que se presta, y por otra la retribucion que por ella se da; circunstancias, como queda dicho, esenciales al contrato.

Si merces constituta sit.—Así como en la compra-venta el dinero que se paga por la cosa recibida se llama *precio*, asi tambien en el arrendamiento lo que se paga por el uso de la cosa, ó por la industria de la persona, se llama genéricamente *merced, merces.* A esta palabra, segun he dicho anteriormente, sustituian en los arrendamientos de los bienes inmuebles, ó rústicos ó urbanos, las de *pensio* ó *reditus:* ahora debo añadir que á veces tambien se usa de la voz *pretium* para designar la merced.

Locatori locati actio, conductori verò conducti.—El contrato de arrendamiento, como bilateral, produce desde luego obligaciones directas á favor de ambos contrayentes: estas son las acciones *locati* y *conducti.* La primera es *la que compete al locador y á sus herederos contra el conductor y sus herederos, para que cumpla las obligaciones que se impuso por el contrato:* la accion *conducti* es *la que tiene el conductor y sus herederos contra el locador y los suyos, para el cumplimiento de las obligaciones que este por su parte contrajo.*

Et quæ suprà diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intelligamus, *si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Quâ de causâ* si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, *nullâ statim mercede constitutâ*, sed posteà tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio et conductio contrahi intelligitur, sed eô nomine *præscriptis verbis* actio datur.

1 Lo que hemos dicho anteriormente al hablar de la venta para el caso en que el precio se dejase al arbitrio de un tercero, debe entenderse tambien respecto á la merced del arrendamiento. Por esto si uno da á otro vestidos para que los limpie y cuide de ellos, ó á un sastre para que los arregle, sin establecer inmediatamente una merced determinada, pero con la intencion de dar tanto cuanto se conviniere despues entre ellos, no se entiende contraida la locacion-conduccion; mas por aquel concepto se da la accion *præscriptis verbis*.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 143, Com. III de sus Inst.; y ley 22, tít. I, lib. XIX del Dig.)

Comentario.

Si alieno arbitrio merces permissa fuerit.—Siendo aplicables, segun dice este texto, las mismas reglas en el arrendamiento cuando se ha

dejado la cosa al arbitrio de un tercero, que en la compra-venta cuando se ha hecho lo mismo con el precio, se deberá seguir la doctrina antes expuesta (1) respecto á este último contrato: y asi, habrá obligacion, si el tercero fija el precio; y por el contrario, no la habrá si no lo fija.

Quâ de causâ.—Estas palabras tomadas de Cayo (2) son del todo incoherentes en este lugar: en Cayo guardan armonía con lo que antecede y con lo que subsigue, lo que no sucede aquí.

Nullâ statìm mercede constitutâ.—El arrendamiento no puede existir sin merced, porque este es uno de sus requisitos esenciales. Así es, que si uno concede á otro el uso gratuito de alguna cosa, hay comodato, y sino es una cosa la que se dá, sino un hecho el que gratuitamente se presta, entonces habrá mandato. Mas si no se hace gratuitamente, sino en virtud de una merced en que despues se ha de convenir, realmente hay un contrato innominado, que puede expresarse con la fórmula *hago para que dés, facio ut des.*

Præscriptis verbis actio.—Papiniano (3), Celso (4) y Juliano (5) dicen que siempre que para designar acciones faltan nombres vulgares y usados, hay que acudir á las llamadas *præscriptis verbis* ó *in factum*; denominaciones que ya se encuentran separadas, ya reunidas, para significar la misma idea. De esta accion, no peculiar á las obligaciones de que aquí se trata sino comun á otras varias, ya he hecho anteriormente alguna indicacion al hablar de los contratos innominados

2 Præterea, sicùt vulgò quærebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur, ità quæri solebat de locatione et conductione, si fortè *rem aliquam* tibi *utendam sive fruendam quis dederit*, et invicèm à te aliam utendam sive fruendam acceperit. Et placuit, non esse locationem et conductionem, *sed proprium genus* esse *contractus* (*a*). Veluti, si cum unum quis bovem haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicèm boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos periit: *neque locati vel conducti, neque*

Además de esto, así como antes se cuestionaba sobre si podía contraerse la compra-venta por la permuta de las cosas, asi tambien se suscitaba la cuestion acerca de si habia locacion-conduccion en el caso de que alguno te diera una cosa para que la usaras ó percibieras sus frutos, y recibiere á su vez de ti otra cosa para usarla ó aprovecharse de sus frutos. Decidióse que en este caso no hubiera locacion-conduccion, sino un género particular de contrato (*a*). Por ejemplo, si teniendo dos vecinos cada uno un buey, se ponen de acuerdo para 2

(1) §. 1, tit. XIII de este libro.
(2) §. 143, Com. III de sus Inst.
(3) §. inicial, ley 1, tit. V, lib. XIX del Dig.
(4) Ley 2 del mismo título y libro.
(5) Ley 3 del mismo título y libro.

commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verùm præscriptis verbis agendum est (*b*).

prestarse recíprocamente el suyo respectivo por diez dias para hacer una labor, y el buey de uno pereciere en poder del otro, no habrá ni las acciones *locati*, *conducti*, ni la accion *commodati*, porque no fué gratuito el comodato, sino que deberá entablarse la *præscriptis verbis* (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 144, Com. III de sus Inst.)
(*b*). Copiado de Ulpiano. (§. 3, ley 17, tít. V, lib. XIX del Dig.)

Comentario.

Rem aliquam utendam sive fruendam quis dederit. — Una de las semejanzas que tiene la compra-venta con la locacion-conduccion, segun queda expuesto antes (1) es, que así como en el primer contrato debe precisamente el precio consistir en dinero, así tambien ha de consistir en dinero la merced en el segundo.

Sed proprium genus contractus. — En el caso á que el texto se refiere, hay un verdadero contrato innominado *do ut facias*; contrato que bajo ciertos aspectos se asemeja á la locacion-conduccion y al comodato, pero que se diferencia de ellos, tanto en el modo de constituirse, como en sus efectos.

Neque locati vel conducti, neque commodati competit actio. — No siendo el contrato de que habla el texto ni locacion-conduccion ni comodato, no puede producir las acciones que nacen de estas clases de obligaciones. No es locacion-conduccion, porque no hay arrendatario, *conductor*, el cual segun queda expuesto, ha de pagar en dinero el uso, el aprovechamiento ó el servicio que recibe. No hay comodato, porque este supone una prestacion gratuita, lo que no sucede en el presente caso por parte de ninguno de los contrayentes.

3 Adeò autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, itèm locatio et conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrùm emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. *Ut eccè* de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda *traduntur*, id est ut, *quamdiù pensio* sive reditus pro his domino *præstetur*, ne-

La compra-venta tiene tal afinidad con la locacion conduccion, que en algunas ocasiones es cuestionable á cuál de las dos pertenezca un contrato. Así sucede con las heredades que se dan para que alguno las disfrute perpétuamente, esto es, de tal suerte, que mientras se pague por ellas la pension ó rédito al dueño, no pueda este quitárselas ni al arren- 3

(1) En el comentario al §. inicial de este título.

que ipse conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium *vendiderit*, *aut donaverit*, aut dotis nomine dederit, aliòve quò modò alienaverit, auferre liceat (*a*). Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, et *à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur*, *lex Zenoniana lata est*, quæ *emphyteuseos contractui propriam statuit naturam*, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et, si quidèm aliquid pactum fuerit, hoc ità obtinere, ac si naturalis esset contractus, sin autem nihil de periculò rei fuerit pactum, tunc, si quidèm *totius rei interitus* accesserit, ad dominum super hoc redundare periculam, sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire (*b*). Quo jure ultimur.

datario, ni á su heredero, ni á quien el arrendatario ó su heredero las hayan vendido, donado, dado en dote, ó enagenado de cualquier otra manera (*a*). Mas como entre los antiguos habia dudas acerca de este contrato, considerándolo unos locacion y otros venta, el Emperador Zenon formó una constitucion, por la que dió naturaleza propia al contrato de enfitéusis, de manera que no se confundiese con el de locacion ni con el de venta, sino que tuviera valor por sus propias convenciones. Si ha intervenido algun pacto, se observará como si fuera de la naturaleza del contrato; mas si nada se hubiere convenido respecto al peligro de la cosa, cuando esta pereciere totalmente, el peligro pertenecerá al dueño; pero cuando la pérdida solo fuere parcial, recaerá sobre el enfitéuta (*b*). Este es el derecho que hemos adoptado.

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 145, Com. III de sus Inst.)
(*b*) La constitucion del Emperador Zenon á que aquí se alude es la ley 1, tít. LXVI, lib. IV del Cód.

Comentario.

Ut eccè.—El contrato de enfitéusis, de que en este párrafo se habla, debe su orígen á los arrendamientos que el Estado ó un municipio hacia perpétuamente de los terrenos públicos por una renta llamada *vectigal*. El jurisconsulto Cayo, en un párrafo de sus Instituciones (1), que sirvió indudablemente para la redaccion de la primera parte del que es objeto de este comentario, puesto que sus palabras en gran parte son idénticas, habla únicamente de los terrenos que los romanos llamaban *ager vectigalis* de los municipios, sin que todavía aparezca el nombre de *enfitéusis*, que se introdujo durante el bajo imperio. Este contrato se halla intimamente ligado con la historia de Roma y con sus vicisitudes respecto á la division de las propiedades públicas, *ager publicus*; pero viniendo á las causas inmediatas de él, puede decirse, que poseyendo el Estado y los municipios grandes territorios y no pudiendo cultivarlos, eligieron, como mejor medio de

(1) §. 145, Com. III.

sacar de ellos utilidad, darlos en un arrendamiento largo para obtener un producto anual y fijo. Mas como nadie entrará fácilmente en esta clase de negocios con las condiciones ordinarias de los arrendamientos, puesto que se requerian grandes trabajos y anticipaciones para roturar las tierras y ponerlas en estado de cultivo, de aquí dimanó que se tratara de dar otras garantías y ventajas mas positivas que las de un simple arrendamiento, á los que se encargaban de desmontar y cultivar tales terrenos: por esto se les concedieron mayores derechos, pero reservando siempre el carácter de dueños á los que antes lo eran. Este arrendamiento perpétuo se extendió desde el Estado y los municipios á los templos (1): despues de Constantino se aplicó tambien á los terrenos de particulares; y por último, de los terrenos, que fueron su primer objeto, á los edificios (2). Mas aunque comunmente este contrato, que despues se llamó *enfitéusis*, se constituia para siempre, por lo que se llamaba al derecho enfiteuticario *derecho perpétuo, jus perpetuarium* (3), y á los enfitéutas *arrendatarios perpétuos, conductores perpetuarii* (4), ó simplemente *perpetuarii* (5), alguna vez se constituia tambien para tiempo determinado (6), si bien este no debia ser corto.

Traduntur.—Bajo dos distintos aspectos puede considerarse la enfitéusis; ó bajo el concepto de un contrato y por consiguiente de un derecho *á* la cosa, esto es, como la facultad que tiene, aquel á quien se cede una heredad en enfitéusis, de pedir que se la entreguen para que así quede constituido el derecho enfitéutico; ó bajo el concepto de un derecho *en* la cosa, á saber, como el derecho enfitéutico ya constituido, el cual, segun queda expuesto en otro lugar (7) y aparece tambien en este, es una desmembracion de la propiedad, y pertenece por lo tanto á la clase de derechos *en* la cosa. El derecho *á* la cosa se adquiere tan luego como los contrayentes estan conformes respecto á la heredad, pension y demás circunstancias del contrato: el derecho *en* la cosa por la tradicion que de la heredad se hace al enfitéuta. Comun es entre los intérpretes decir que el enfitéuta tiene el dominio útil de la cosa, quedándose el cedente con el directo: sin negar que el enfitéuta goza en gran parte de los derechos de dueño, tengo esta doctrina por inexacta, no encontrándola apoyada en los textos romanos. Lo que debió dar lugar á establecer esta teoría fué el que las leyes conceden al enfitéuta *una accion real útil*, en virtud

---

(1) Rúbrica del tit. LXX, lib. XI del Cód.
(2) §. 26, ley 15, tit. II, lib. XXXIX del Dig.; y §. 2. cap. 3, nov. 7.
(3) Ley 1. tit. XXXIV, lib. I del Cód.
(4) Ley 3, tít. LXXI. lib. XI del Cod.
(5) Ley 1 del mismo titulo y libro.
(6) Ley 3, tít. III, lib. VI, del Cód.
(7) Comentario al §. 11, tit. I, lib. II de estas Inst.

de la cual reivindica la cosa con el mismo efecto que si fuera dueño.

Quandiù pensio præstetur.—En el contrato de enfitéusis es requisito tan esencial el convenir acerca de la prestacion periódica de una pension ó cánon determinado, como lo es en la compra-venta el que haya un precio cierto, y en la locacion-conduccion una merced fija y determinada. El pago de esta pension ó cánon es el primer deber del enfitéuta, á quien no es lícito declinarlo por razon de la esterilidad ni de los casos fortuitos que total ó parcialmente hayan destruido las cosechas. Mientras paga á su debido tiempo las pensiones, no puede ser espelido de la heredad; pero dejando de hacerlo por tres años, pierde, si el dueño quiere, su derecho, á no ser que haya algun pacto que lo impida (1): en el caso de que el dueño sea la iglesia, el término de tres años queda reducido á dos (2). Mas cuando el dueño, despues de haber dejado pasar el tiempo de que acabo de hablar, recibiere el cánon sin hacer protesta, se entiende que ha renunciado al derecho que habia adquirido de expeler al enfitéuta (3). Este debe tambien satisfacer todas las cargas é impuestos que pesan sobre la heredad (4).

Vendiderit, aut donaverit.—No solamente tiene el enfitéuta el derecho de percibir los frutos de la cosa, sino tambien el de hacer en ella las variaciones que le parezca, con tal que no la deterioren (5); el de ceder entre vivos su derecho á un tercero y disponer por causa de muerte, como se infiere del texto que comento; el de darlo en prenda y constituirlo en hipoteca, y el de imponer sobre la cosa una servidumbre, aun sin consentimiento del dueño (6). Cuando la enagenacion que quiera hacer el enfitéuta fuese venta, deberá hacerlo saber al señor; no para que dé su consentimiento, sino para que use si quiere del derecho que tiene de ser preferido á todo comprador extraño ofreciendo igual precio dentro de los dos meses desde que se le hace la denuncia; pero si trascurrido este término no contesta, queda el enfitéuta en la facultad de proceder á la venta, con la limitacion de hacerla en persona capaz de administrar y cultivar la heredad (7). El dueño no tiene este derecho de tanteo cuando el enfitéuta permuta ó dona á otro la heredad dada en enfitéusis, si bien debe este hacérselo saber á aquel, para que conozca al nuevo enfitéuta y perciba de él el *laudemio*, que es la quincuagésima parte del precio del fundo, ó lo que es lo mismo, el dos por ciento, que debe satisfacérsele

(1) Ley 2, tit. XLVI lib. IV del Cód.
(2) §. 2, cap. 3, nov. 7,
(3) Ley 7, tit. III, lib. XVIII, del Dig.
(4) Ley 2, tit. LXVI, lib. IV del Cód.
(5) Cap. 8, nov. 120.
(6) §. inicial, ley 1, tit. IV, lib. VII; y §. 2, ley 16, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(7) Ley 3, tit. LXVI, lib. IV del Cód.

por todo nuevo adquirente en reconocimiento del dominio. Esta prestacion del laudemio no es extensiva á los herederos del enfitéuta (1).

A quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur.—Los que sostenian que el contrato de enfitéusis era locacion-conduccion, se fundaban en que solamente se trataba de ceder el aprovechamiento de una heredad por una renta anual; los que por el contrario decian que era venta, apoyaban su teoria en que se constituia un derecho *real* en la cosa sujeta á enfitéusis. Segun dice Cayo (2), la opinion general de su tiempo lo consideraba como locacion-conduccion.

Lex Zenoniana lata est.—El Emperador Zenon erigió en contrato particular la enfitéusis, y colocándola entre los consensuales le dió acciones personales propias á favor de cada una de las partes desde el momento mismo en que se celebraba, sin necesidad de la tradicion, que era la que constituia el derecho real ó *en* la cosa, de donde nacia la accion real. Las acciones á favor del dueño y del enfitéuta son ambas directas y se llaman *enfiteuticarias*; el enfitéuta, en virtud de la suya, puede reclamar que se le entregue la cosa dada en enfitéusis, y el dueño á su vez tiene el derecho de reclamar las pensiones y el cumplimiento de todas las circunstancias, ó naturales al contrato ó convenidas al celebrarlo. Como el contrato que las producia era bilateral, es claro que debia ser interpretada la buena fé con la latitud propia de esta clase de contratos.

Emphyteuseos.—Esta palabra es derivada de otra griega, cuya significacion es *plantar, poner en cultivo.*

Propriam statuit naturam.—A pesar de haber separado el Emperador Zenon el contrato enfitéutico de la compra-venta y de la locacion-conduccion, continúa dándosele lugar inmediato á ellas por los puntos de contacto que tienen con una y otra. Los contrayentes ya no son comprador y vendedor, ó *locatur, conductor*, sino que tienen el nombre de enfitéuta, *emphiteuta*, *emphiteuticarius* (3).

Totius rei interitus.—Como el cánon que se paga en la enfitéusis es solamente por reconocimiento del dominio, no guarda proporcion con los frutos ó utilidades que pueda percibir el enfitéuta; lo cual es tanto mas justo, cuanto que las mejoras de la heredad se deben á sus capitales, á sus afanes y trabajo. Consecuencia de esto es, que en el caso de que solamente perezca parte de la heredad, quede constituida en ella la pension y la obligacion de satisfacerla el enfitéuta. Además la enfitéusis se concluye por la muerte del enfitéuta sin dejar herederos, por la prescripcion, por la renuncia, por llegar el término fijado cuando está constituida por tiempo, y en fin,

---

(1) La misma ley 3.
(2) §. 145, Com. III de sus Inst.
(3) Ley 1, tit. LXVI, lib. IV del Cód.

cuando no se paga la pension por dos ó tres años, en los términos que antes he manifestado.

De la superficie.

Semejante al derecho enfitéutico es el de superficie, derecho *en la cosa* que mereció particular proteccion de los pretores (1), respecto del que creo oportuno hacer algunas indicaciones en este lugar. Por *superficie*, *superficies*, se entiende todo lo que sobresaliendo del suelo de un predio, forma una sola parte con él: así, se llaman superficie en el derecho romano las casas y los árboles (2). Queda expuesto en otro lugar que el dueño del terreno lo es de lo que en él se planta ó edifica, porque lo accesorio sigue á lo principal; mas puede suceder que el dueño de un terreno ceda á otra persona el derecho de superficie, en cuyo caso el superficiario adquiere sobre ella casi todos los derechos que competirian al dueño á no haber hecho la concesion, sin que por esto sea dueño, pareciéndose más su carácter al de un usufructuario (3). El derecho de superficie tiene puntos de semejanza con las servidumbres, y otros que le separan de ellas: se diferencia de las servidumbres personales en que es trasmisible á los herederos, y de las prediales, en que puede constituirse á favor de una persona.

No hay una especie particular de convencion para establecer el derecho de superficie, sino que sirven al efecto los contratos ordinarios y las últimas voluntades: de aquí dimana que pueda concederse ya gratuitamente, ya á título oneroso; en este último caso puede exigirse ó un precio por una sola vez, ó una pension periódica, á que se dá el nombre de *pensio* ó *salarium* (4); pension que no es tan esencial en la superficie como en la enfitéusis, de la que tambien se diferencia la superficie en que no hay que pagar laudemio.

Además de poder gozar el superficiario de la superficie y de trasmitirla á sus herederos, le es lícito disponer de ella en cualquiera forma, tanto entre vivos como por causa de muerte (5), hipotecarla por el tiempo que dure su derecho (6), é imponer sobre ella servidumbres (7). Así como tiene el aprovechamiento, está tambien obligado á satisfacer las cargas é imposiciones que gravan sobre la su-

---

(1) §. 1, ley 1, tit. XVIII, lib. XLIII del Dig.
(2) Ley 32, tit. III, lib. XXIII; y ley 2 del mismo título y libro.
(3) §. 4, ley 86, lib. XXX; y §§. 1, 3, 4 y 5, ley 1 del mismo título y libro.
(4) §. 5, ley 39, lib. XXX del Dig.
(5) §. 7, ley 1, tit. XVIII, lib. XLIII del Dig.
(6) §. 2, ley 16, tit. VII, lib. XIII del Dig.
(7) §. 9, ley 1, tit. XVIII, lib. XLIII del Dig.

perficie, porque es regla generalmente recibida que las cargas corresponden á aquel á quien pertenecen las utilidades (1).

4 Itèm quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex aurô suô certi ponderis certæque formæ annulos ei faceret, et acceperit, verbi gratiâ aureos decem, utrùm emptio, et venditio contrahi videatur, an locatio et conductio? Casius ait, *materiæ quidèm emptionem et venditionem contrahi, operæ autem locationem et conductionem. Sed placuit, tantùm emptionem et venditionem contrahi.* Quodsi suum aurum Titius dederit, mercede pro operâ constitutâ, dubium non est, quin locatio et conductio sit.

Hay igualmente cuestion acerca de si cuando Ticio conviene con un platero en que este le haga con oro suyo anillos de cierto peso y de cierta forma, recibiendo por ejemplo, diez áureos, hay compra-venta ó locacion-conduccion. Casio dice que hay compra-venta de la materia y locacion-conduccion del trabajo; pero se ha decidido que solamente haya compra-venta. Mas si Ticio diere su oro fijando una merced por el trabajo, no hay duda que es locacion-conduccion. 4

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 147, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Materiæ emptionem et venditionem, operæ locationem et conductionem. — La razon que tenia el jurisconsulto Casio para considerar que el contrato en que uno convenia con un artífice en que hiciera con sus propios materiales una obra, tuviese el doble carácter de compra-venta y de locacion-conduccion, era porque por una parte la materia se enagenaba perpétuamente, y por otra habia prestacion de servicios por una merced determinada.

Placuit, tantùm emptionem et venditionem contrahi. — Cayo, de quien Justiniano tomó este texto, como se prueba al ver la coincidencia de las palabras del original y de la imitacion, dice (2) que ésta era la opinion de la mayor parte de los jurisconsultos de su época, *plerisque placuit.* Y con razon: conviniéndose, como no pudo menos, en que es mucho mas fácil y expedito considerar solo la existencia de un contrato que la de dos diferentes, sin duda debió prevalecer la compra-venta. En efecto, si uno conviniese con el artífice en que le diera por cierto precio una alhaja ya fabricada, no cabe duda en que habria un contrato de compra-venta: por razon de analogía, pues, parece que lo mismo debe decirse cuando no es-

(1) §. 2 ley 7, tit. I, lib. VII del Dig.
(2) §. 147, Com. III de sus Inst.

tuviera aun fabricada la alhaja, puesto que en ambos casos se toma en consideracion no solo la materia, sino tambien el trabajo del artífice.

Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet, et, si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono et æquo debet præstare.

El que toma en arrendamiento debe conformarse en todo á las cláusulas del contrato, y ajustarse á las reglas de la equidad en todo lo que se haya omitido.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 3, ley 25, tít. II, lib. XIX del Dig.)

Comentario.

Conductor.—Trata en este lugar Justiniano de las obligaciones de una de las partes contratantes: debo yo hacerlo aquí de las de ambas, supliendo el silencio del Emperador. En el arrendamiento de cosas el dueño se obliga á entregar al arrendatario la cosa para el uso y el aprovechamiento convenido, á dejársela usar y asegurársela por todo el tiempo del arriendo (1), á conservársela por el mismo, de modo que el que la tomó pueda hacer de ella el uso convenido (2), á pagar, no habiendo pacto en contrario, las cargas que gravitan sobre la finca, y á abonar al arrendatario las impensas necesarias que en ella hiciere (3). En las fincas urbanas, antes de concluir el tiempo designado en el contrato, puede el dueño hacer salir de ellas al arrendatario, si tiene y prueba la necesidad de habitar la casa por sí mismo ó por los suyos, del mismo modo que cuando hay que hacer reparos urgentes, ó cuando el arrendatario usa mal de la finca (4). El arrendatario está por su parte obligado, además de pagar la pension diaria en los términos y plazos convenidos, á restituir la cosa concluido que sea el arriendo, como se infiere del texto; no pudiéndola dejar antes que concluya el término (5), á no ser que las circunstancias le impidan aprovecharse tranquilamente de la cosa (6). Cuando el arrendatario perdiere por caso fortuito una parte considerable de los frutos antes de percibirlos, puede exigir una rebaja proporcional en la renta, si no se hubiera estipulado otra cosa; derecho que no le corresponde por las pérdidas posteriores á la percepcion (7). A no haber pacto en contrario, el arrendatario tiene

(1) §§. inicial y 1, ley 9; y §. inicial, ley 30, tit. II, lib. XIX del Dig.
(2) §. 1, ley 15 del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 55 del mismo título y libro.
(4) Ley 3, tit. LXV, lib. IV del Cód.
(5) §. 2, ley 55, tit. II, lib. XIX del Dig.
(6) §. 2, ley 25; y §. 1, ley 27 del mismo título y libro.
(7) §§. 2, 3, 4, 5, 6 y 7, ley 15; y §. 6, ley 25 del mismo título y libro.

el derecho de subarrendar (1). En la locacion-conduccion que consiste en obras ó servicios, están obligados recíprocamente los contrayentes á cumplir bien y lealmente aquello á que respectivamente se obligaron. En una y otra clase de contratos deben prestar toda clase de culpa, y en el de cosas aun la custodia, pero no el caso fortuito, á no ser que respecto á este otra cosa se pactase (2).

Secundùm legem conductionis.—Bajo la palabra *lex* se entienden aquí los pactos que se han agregado al contrato, que son ley de la convencion: pactos que se refieren á las circunstancias naturales ó accidentales de los contratos.

Ex bonô et æquô præstare.—El arrendamiento, como contrato de buena fé, exige que los contrayentes respectivamente presten todo lo que la equidad aconseja.

Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit, aut promisit, ab eô custodia talis desideratur, *qualem diligentissimus paterfamilias* suis rebus adhibet. Quam si præstiterit, et aliquô casu rem amiserit, de restituendâ eâ non tenebitur.

El que ha dado ó prometido una merced por el uso de vestidos, ó de alhajas de plata, ó de una bestia de carga, debe emplear en su custodia los mismos cuidados que el mas diligente padre de familia emplea en sus cosas. Mas si así lo hiciere, y perdiere la cosa por cualquier caso fortuito, no está obligado á restituirla.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 7, ley 25, tit. II, lib. XIX del Dig.)

Comentario.

Qualem diligentissimus paterfamilias.—Los intérpretes antiguos, no encontrando conforme lo que aquí se dice con su teoría general de culpas, y suponiendo que segun ella debe prestarse en la locacion-conduccion la culpa que llaman leve en oposicion á la lata y á la que denominan levísima, dicen que en el texto se usó el superlativo *diligentissimus* en lugar del positivo *diligens*; mas encontrándose con la dificultad de que en otras diferentes leyes que dejo citadas al comentar el párrafo que antecede, se establece la misma doctrina que en este texto, con lo cual queda falseado su sistema, acuden á diferentes medios para dar á los lugares que se les oponen una interpretacion bien agena del espíritu del legislador. La verdad es, que todos los textos romanos están conformes en que el arrendatario debe

(1) Ley 6, tit. LXV, lib. IV del Cód.
(2) §. 15, ley 5, tit. VI, lib. XIII: §. 2, ley 9: §. 7, ley 25, tit. II, lib. XIX del Digesto; y leyes 1 y 28, tit. LXV, lib. IV del Cód.

prestar toda culpa, no solo la lata y la leve en concreto, sino tambien la leve en abstracto.

6 Mortuò conductore intra tempora conductionis, *hæres ejus* eòdem jure in conductionem succedit.

Si el arrendatario muere durante el tiempo del arrendamiento, su heredero le sucede en el dicho arrendamiento. 6

ORÍGENES.

Conforme con una constitucion del Emperador Gordiano. (Ley 10, tít. LXV, lib. IV del Código).

Comentario.

Hæres ejus.—Es regla general que el que contrae, contrae para sí y para su heredero; y por tanto, ni la muerte del arrendador ni la del arrendatario en los arrendamientos de cosas, bien perpétuos ó bien hechos por tiempo determinado, ponen fin al contrato (1). Mas esto no es extensivo á aquel contrato de locacion-conduccion en que se ha elegido la industria especial de una persona, como sucede en el de servicios; porque con la muerte del que debia prestarlos se estingue la cosa objeto del contrato.

Para completar la doctrina de este título diré algo acerca del modo de terminar el contrato de locacion-conduccion. Cuando es de cosas, cesa:

1.° Por haber trascurrido el tiempo prefijado. Si pasado este término continúa el arrendatario con ciencia y paciencia del dueño, se entiende que hay una novacion del contrato con las mismas condiciones que tenia el antiguo, y no habiendo convenio sobre la duracion ni una costumbre local que la fije, se considera en las fincas rústicas renovado por un año, y en las urbanas hasta que el inquilino se despida ó sea despedido (2).

2.° Por cesacion del dueño en la propiedad que solo disfrutaba temporalmente. El arrendatario que tenia conocimiento de esta circunstancia no puede pedir el resarcimiento de daños y perjuicios (3).

3.° Por la pérdida de la cosa dada en arrendamiento, acaecida por caso fortuito; porque si ha sobrevenido por culpa de una de las partes, ésta, en virtud de la accion nacida del mismo contrato, estará obligada á indemnizar á la otra.

4.° Por sentencia dada ó en virtud de abusos cometidos por el arrendatario, ó por no pagar en dos años el arrendamiento (4).

---

(1) §. 8, ley 19: ley 32, tít. II, lib. XIX del Dig.; y ley 10, tít. LXV, lib. IV del Cód.
(2) §. 11, ley 13; y ley 14, tít. II, lib. XIX del Dig.
(3) §. 1, ley 9; y §. 4, ley 25 del mismo título y libro.
(4) §. 1, ley 54 del mismo título y libro.

5.º Por sentencia pronunciada, ó porque el dueño no cumpla las leyes y condiciones del contrato (1), ó porque pruebe que le es indispensable el uso de la cosa arrendada (2) en los términos que antes se ha expuesto.

6.º Por separarse de la obligacion las partes por mútuo consentimiento; cosa no peculiar á este contrato, sino general á todos los consensuales, como se expondrá mas adelante.

7.º Por la venta de la cosa cuando el dueño no estipula con el comprador la continuacion del arrendamiento (3); lo cual no impide que en este caso el arrendatario pueda obtener la debida indemnizacion, por la accion *conducti*, del antiguo dueño que le causó semejante perjuicio.

La locacion-conduccion de una obra termina por la conclusion de esta, y por la muerte del que la tomó á su cargo, porque como queda dicho, su industria es la causa que hubo para elegirle. La locacion-conduccion de servicios concluye por la muerte del que debia prestarlos.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El contrato de arrendamiento entre nosotros (4), si bien está fundado en los mismos principios del derecho romano, presenta algunas diferencias interesantes, que debo exponer en este lugar.

Aunque el derecho español reconoce el principio de que el sucesor singular en la cosa arrendada, por ejemplo el comprador, no está obligado á pasar por el arrendamiento que hizo el vendedor, esceptúa dos casos: el primero se conforma con el derecho romano (5), á saber, cuando la venta se contrae con la condicion de que siga el arrendamiento; y el segundo, cuando se celebró el arrendamiento para toda la vida (6).

El que dá en arrendamiento la cosa, está obligado á manifestar los vicios ó defectos que tenga; y si no lo hace, incurre en diferente responsabilidad, segun los casos. El que dió en alquiler toneles ó vasijas que por estar rotos ó mal acondicionados fueron causa de que se derramaran ó viciaran los líquidos á que estaban destinados, queda

(1) §. 7, ley 13; y §. inicial, ley 60, tít. II, lib. XIX del Dig.
(2) Ley 3, tit. LXV, lib. IV del Cód.
(3) Ley 9, tit. LXV, lib. IV del Cód.
(4) Título VIII, Part. V.
(5) Ley 9, tit. II, lib. XIX del Dig.
(6) Ley 19, tit. VIII, Part. V.

obligado á resarcir los daños y perjuicios que resultaren, aun en el caso de que ignorase el vicio ó defecto de lo que habia dado en alquiler; porque, como dice la ley, todos deben saber si es bueno ó malo lo que dan en arrendamiento. Lo mismo se observa cuando uno diere á otro en arrendamiento montes ó prados para pastos, si la calidad de las yerbas fuese tal que matase ó empeorase á los ganados; pero si el dueño ignorase esta circunstancia, no estará obligado á pagar los daños y menoscabos; aunque á su vez tampoco podrá exigir la renta del arrendamiento (1).

Al arrendatario no es lícito subarrendar ni traspasar en todo ni en parte la finca rústica sin aprobacion del dueño, pero sí vender ó ceder con las condiciones que le parezca una parte de los pastos y frutos, á no estipularse otra cosa en el contrato (2). Tampoco pueden hacerse subarriendos de fincas rústicas en la capital de la monarquía sin consentimiento de sus dueños ó administradores (3).

En otro lugar queda expuesto que nuestras leyes respecto á la prestacion de culpas se atemperan á la antigua doctrina de los intérpretes, en virtud de la que cuando la utilidad es de ambos contrayentes debe prestarse la leve, segun la clasificacion que hacen de culpa lata, leve y levísima. Consiguiente á esta doctrina disponen que en el arrendamiento se preste la culpa leve (4), como que en él la utilidad es tanto del que dá como del que recibe la cosa en arrendamiento.

En el caso de que se pierdan íntegramente los frutos por caso fortuito, no debe pagarse la renta de aquel año; mas si la pérdida consiste solamente en parte de ellos, queda al arrendatario la eleccion ó de pagar la renta, ó de dar el sobrante de lo que recoja deducidos los gastos (5). Esto no tiene lugar cuando con la cantidad de frutos cogida en un año puede satisfacerse la renta y espensas de los dos, aunque ya se haya remitido la del uno; ni cuando se hubiere pactado que en todo caso se pagará íntegra la renta (6). La ley vá mas adelante, estableciendo, que si en un año los frutos excedieren del duplo de lo acostumbrado, se duplique tambien la renta, á no ser que el aumento provenga de la industria del arrendatario. Estas últimas disposiciones, sin duda por las dificultades que ocasionarian en la práctica, están del todo desusadas.

(1) Ley 14, tit. VIII, Part. V.
(2) Artículo 7 del decreto de las Córtes de 8 de junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Setiembre de 1836.
(3) Regla 4, ley 8, tit. X, lib. X de la Nov. Rec.
(4) Ley 7, tit. VIII, Part. V.
(5) Ley 22 del mismo titulo y Partida.
(6) Ley 23 del mismo título y Partida.

El arrendamiento de predios rústicos hecho por tiempo determinado concluye al finalizar su término, sin necesidad de mútuo desahucio, y sin que pueda el arrendatario alegar posesion contra la voluntad del dueño; pero si aquel permaneciere tres ó mas dias en la finca con aquiescencia de éste despues de concluido el término del arrendamiento, se entenderá renovado el contrato por otro año y con las mismas condiciones (1). Los arrendamientos de predios rústicos que se hacen sin determinar el tiempo del desahucio subsisten á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera su finalizacion debe avisar á la otra un año antes, y el arrendatario no podrá alegar derecho alguno de posesion despues de desahuciado por el dueño (2). En los arrendamientos de predios urbanos, concluido el tiempo prefijado en el contrato, concluye tambien el arrendamiento sin necesidad de mútuo desahucio. Mas si no se hubiese fijado tiempo ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño si quiere desahuciar al inquilino, y el inquilino si quiere dejar la casa, deben darse el correspondiente aviso con la anticipacion que se hallase adoptada por el uso general del pueblo, y si no lo hubiese, con la de cuarenta dias (3).

Es preciso observar en este lugar que la Ley Hipotecaria ha introducido alguna variacion en la materia que dejo expuesta. Segun la misma, el arrendatario que inscriba el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles, si se otorgó por un período que esceda de seis años, ó hubiera anticipado las rentas de tres ó mas años, en cuyos casos está sujeto á registro (4), deberá ser respetado en la posesion y aprovechamiento de la finca, aun por el sucesor singular.

En el arrendamiento de obra que se celebra con un arquitecto ú otro perito para la construccion de un edificio, se halla establecido que para que se repute bien hecha la obra debe subsistir sin falsear quince años despues de concluida; que si falsease, no siendo por caso fortuito, ha de ser reedificada á costa del que la hizo ó de sus herederos; y que los que se encargan de hacerla no puedan alegar lesion ó engaño, puesto que por la pericia que tienen de su oficio es de suponer que no ignoran el valor de las obras que ajustan (5).

Réstame hablar de la enfitéusis, contrato acerca del cual establece expresamente nuestro derecho que no pueda constituirse sino por escritura (6). Previenen tambien las leyes españolas que si el enfitéuta

(1) Artículo 5 del decreto de las Córtes de 8 de junio de 1813.
(2) Artículo 6 del mismo decreto.
(3) Artículo 2 de la ley de 9 de abril de 1842.
(4) §§. 5 y 6, art. 2 de la Ley Hipotecaria.
(5) Ley 21, tit. XXXII, Part. III; y ley 16, tit. VIII, Part. V.
(6) Ley 3, tit. XIV, Part. I; y ley 28, tit. VIII, Part. V.

deja pasar dos ó tres años consecutivos sin pagar el cánon, despues de trascurridos diez dias que se le conceden para reparar su falta, puede el dueño por su propia autoridad apoderarse de la cosa echando al enfitéuta (1); regla que la práctica no ha admitido en los casos en que haya oposicion por parte de este, á fin de evitar los funestos inconvenientes que se seguirian de dejar á los particulares administrarse la justicia por sí mismos. Por último debo advertir, que para que por menoscabo de la cosa pueda eximirse el enfitéuta de pagar el cánon, ha de quedar menos de la octava parte de ella (2); si bien la ley hipotecaria, además de exigir la inscripcion del derecho enfitéutico (3), dispone que aun cuando una finca acensuada se deteriore ó haga menos productiva por cualquiera causa que no sea dolo, culpa, ó la voluntad del censatario, no tendrá éste derecho á desampararla ni á exigir reduccion de las pensiones, mientras alcance á cubrirlas el rédito que deba devengar el capital que represente el valor de la finca, graduándose dichos réditos al mismo tanto por ciento á que estuviere constituido el censo (4).

No cabe en los límites que me he trazado en esta obra detenerme mas respecto á la enfitéusis y al censo enfitéutico, así como tampoco hablar de las demás clases de censos que nuestro derecho reconoce

TITULUS XXV.

De societate.

TITULO XXV.

De la sociedad.

El derecho enumera entre los contratos consensuales el de sociedad, esto es, *el contrato por el que dos ó más personas convienen en formar un fondo comun de capitales ó de industria con objeto de lucrar y de repartir los beneficios ó pérdidas que resulten.* Tres son sus requisitos esenciales: consentimiento, cosa ó industria puestas en la sociedad, y participacion de utilidades.

El consentimiento en este contrato, como en todos los consensuales, perfecciona por sí mismo la obligacion y dá lugar á las acciones correspondientes, sin necesidad de que intervengan ni tradicion, ni

(1) Ley 28, tít. VIII, Part. V.
(2) Ley 28, tít. VIII, Part. V.
(3) §. 2 del art. 2.
(4) Artículo 131.

escritura, ni palabras solemnes. La asociacion comienza tambien desde el dia en que los contrayentes han convenido, á no ser que en el mismo contrato se haya fijado el dia en que debe principiar. Teniendo que contribuir cada uno de los socios, ó bien llevando á la sociedad cantidades ó cosas, ó bien con industria, es claro que este contrato es bilateral desde el principio, ó lo que es lo mismo, bilateral perfecto segun la clasificacion ya propuesta en otro lugar. El fin de ganar, que es el objeto de la asociacion, implica que las pérdidas deben corresponder á los asociados con arreglo á los principios que se desenvuelven en este mismo título.

Es menester no confundir el contrato de sociedad con la comunion de bienes: la sociedad, como todos los contratos, depende exclusivamente de la voluntad de los que la celebran que señalan sus derechos y obligaciones respectivas durante todo el tiempo de la asociacion; la comunion ó indivision de bienes resulta, ya del mismo contrato de sociedad, ya de un hecho ageno á la voluntad de los que tienen los intereses en comun, como sucede con los coherederos y colegatarios (1), ya por último, de la voluntad de las partes que sin convenir en contraer sociedad celebran unidas un contrato, como acaece cuando dos personas se reunen en una venta hecha á subasta, y convienen en comprar la cosa en comun para no perjudicarse mútuamente con sus pujas (2). No hay sociedad en este último caso, porque la comunion de la cosa comprada es más un medio que un fin, puesto que lejos de pensar los que compraron juntos en tener la cosa en comun y utilizarse de ella, solamente la adquieren para dividirla; fin diametralmente opuesto al de la sociedad, en que se trata de la reunion de los capitales ó industria de los asociados para permanecer unidos por cierto tiempo, procurando utilidades.

Societatem coire solemus *aut totorum bonorum*, quam Græci specialitèr κοινοπραξίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei, vini, frumenti emendi vendendique.

Se forma comunmente una sociedad, ya de todos los bienes, á que llaman los griegos κοινοπραξίαν, ya para cierto género de negociaciones, como para comprar y vender esclavos, aceite, vino ó ganados.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 148, Com. III de sus Inst.)

(1) Ley 31, tit. II, lib. XVII del Dig.
(2) Leyes 32 y 33, tit. II, lib. XVII del Dig.

Comentario.

Aut totorum bonorum.—Siguió Justiniano, al hacer esta division bimembre, al jurisconsulto Cayo. En el Digesto, sin embargo, aparecen cinco clases de sociedades, á saber: la universal de todos los bienes, que es la que este texto llama *totorum bonorum*; la de todas las ganancias, *universorum quæ ex quæstu veniunt;* la que tiene por objeto una determinada clase de negociaciones, *unius alicujus negotiationis,* como dice el texto; la relativa á uno ó mas objetos determinados, *unius rei;* y la que se hace para el arrendamiento de las rentas públicas, conocida con el nombre de *vectigalis.*

La sociedad *universal de todos los bienes* comprende todos los bienes presentes y futuros, que por cualquier título, ó bien oneroso, ó bien lucrativo, correspondan á los asociados, los productos de estos bienes y todo cuanto puedan adquirir con su industria (1). La sociedad á su vez tiene el deber de cubrir las obligaciones de los asociados, de cumplir sus cargas, y de satisfacer las condenaciones en que hayan incurrido, á no ser que resulten de un hecho ó motivo ilícito (2).

La sociedad *de todas las ganancias* no comprende los bienes que tienen los socios al tiempo de contraerla, sino únicamente las adquisiciones que en lo sucesivo haga cada uno de los asociados por su industria, su economía ó su trabajo (3), pero no lo que obtenga por herencia, legado ó donacion (4). Consiguiente á esto es que la sociedad deba responder solamente de las deudas que se derivan de negociaciones; por ejemplo, de las ventas, arrendamientos y otras operaciones del socio, de que en su caso hubiera podido esperar beneficio (5).

La sociedad de *una negociacion determinada* es la de que habla el texto en el segundo miembro de la division que propone.

La sociedad *relativa á uno ó mas objetos* determinados se diferencia de la que antecede en que se concreta especialmente á ellos, como por ejemplo, la esplotacion de una mina, la compra de un cargamento, ú otra especulacion de esta misma clase: al paso que la de *una negociacion determinada* es mas estensa, como por ejemplo, la de esplotar las minas que se descubran, ó comprar cargamentos para volver á venderlos (6).

---

(1) §. 1, ley 1: §. 1, ley 3; y ley 73 del mismo título y libro.
(2) §. 18, ley 52 del mismo título y libro.
(3) Leyes 8 y 13, tit. 11, lib. XVII del Dig.
(4) Leyes 9, 10 y 11; y §. 1, ley 71 del mismo título y libro.
(5) Leyes 7 y 12 del mismo título y libro.
(6) §. inicial, ley 5 del mismo título y libro.

La sociedad *vectigalis* es la celebrada para arrendar las rentas públicas, y está clasificada con separacion de las otras, porque se halla sujeta á reglas especiales.

Si no expresan los socios al celebrar el contrato qué clase de sociedad es la que contraen, se entiende que es la de *toda clase de ganancias.*

1 Et quidèm, si nihil *de partibus lucri et damni* nominatìm convenerit, *æquales* scilicèt *partes* et ín lucrô et in damnô spectantur. Quodsi expressæ fuerint partes, hæ servari debent: nec enim unquàm dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut *ad unum* quidèm *duæ partes* et damni et lucri pertineant, *ad alium tertia* (*a*). De illâ sanè conventione quæsitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia, ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia prævaluit, contrà sentit, *quia* sæpè *quorundam ità pretiosa est opera* in societate, ut eos justum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ità coiri posse societatem non dubitatur, ut *alter* pecuniam *conferat*, *alter non conferat*, et tamen lucrum inter eos commune sit, quia sæpè opera alicujus pro pecuniâ valet. Et adeô contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoquè constiterit posse convenire, ut quis *lucri partem ferat, damnô non teneatur*, quod et ipsum Servius convenientèr sibi existimavit (*b*): quod tamen ita intelligi oportet, ut, si in aliquâ re lucrum, in aliquâ damnum allatum sit, compensatione factâ, solum, quod su-

Si nada se hubiere convenido expresamente respecto á las partes de ganancia y de pérdida, estas serán iguales. Si se hubieren fijado, deberá observarse lo convenido; y nunca ha habido duda de que vale la convencion en que dos pactan que al uno pertenezcan dos partes de pérdida y de ganancia, y una tercera parte al otro (*a*). Mas se ha suscitado cuestion acerca de si debe ser válido el contrato en que Ticio y Seyo convengan entre sí que á Ticio correspondan dos partes de beneficio y una de pérdida, y á Seyo dos de pérdida y una de beneficio. Quinto Mucio fué de dictámen que semejante pacto era contrario á la naturaleza de la sociedad, y que por tanto no podia ser considerado como valedero. Servio Sulpicio, cuya opinion prevaleció, era de distinto sentir, porque frecuentemente la industria de ciertas personas es tan importante para la sociedad, que es justo admitirlas con mejores condiciones que á los otros. Y no se duda que puede contraerse la sociedad en términos que uno lleve á ella dinero y el otro no, y que sin embargo la ganancia sea comun entre ambos, porque muchas veces la industria de un hombre vale tanto como el dinero de otro. Prevaleció tambien contra el dictámen de Quinto Mucio, que uno de los socios pudiera llevar una parte del beneficio, sin estar obligado á responder de las pérdidas, cuya opinion fué igualmente la de Servio (*b*); lo cual debe 1

perest, intelligatur lucri esse (c). Illud expeditum est, si in unâ causâ pars fuerit expresa, veluti in solô lucrô, vel in solô damnô, in alterâ verò omissa, in eô quoquè, quod prætermissum est, *eamdem partem servari* (d).

entenderse en el sentido de que si en una cosa hubiere ganancias y en otra pérdidas, se compense uno con otro, de modo que solo se repute ganancia lo que sobrare (c). Está fuera de duda que si solamente se hubiera expresado la parte de ganancias, ó la de pérdidas, y se hubiere omitido la otra, se siga la misma regla respecto á la parte omitida que á la expresada (d).

ORÍGENES.

(a) Conforme con Ulpiano (§. inicial, Ley 29, tít. II, lib. XVII del Dig.)
(b) Tomado de Cayo. (§. 149, Com. III de sus Inst.)
(c) Conforme con Paulo. (Ley 30, tít. II, lib. XVII del Dig.)
(d) Tomado de Cayo. (§. 150, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

De partibus lucri et damni.—La sociedad ordinariamente se hace con la esperanza y con el fin de ganar; pero como á veces ó los cálculos de los contrayentes han sido mal formados, ó desgracias que tiene la sociedad hacen que resulten pérdidas en lugar de ganancias, es necesario para el caso en que los contrayentes no lo hayan previsto, que la ley venga á suplir lo que no expresaron, fundándose en la voluntad que es de presumir tuvieran los contrayentes al obligarse. Tres son las reglas que en este texto se consignan: 1.ª que si nada especialmente han convenido los contrayentes, se entienda que llevan todos igual parte en las ganancias y en las pérdidas; 2.ª que si los contrayentes señalaron las partes, debe observarse rigurosamente el contrato; 3.ª que si se hubiese hecho expresion ó de ganancias solamente, ó solamente de pérdidas, se ha de entender establecida la misma proporcion en la parte omitida que en la expresada.

Æquales partes.—Cayo (1) dice que entre los jurisconsultos romanos no hubo duda acerca de que, cuando nada se habia expresado respecto á la parte de ganancias ó de pérdidas que debia llevar cada socio, se entendia que estas habian de ser iguales. No han estado tan conformes los intérpretes del derecho romano, puesto que se hallan divididos en el modo de entender esta igualdad, queriendo unos que sea absoluta, esto es, sin relacion á lo aportado por cada socio al fondo comun, y otros que sea relativa ó proporcional

(1) §. 150, Com. III de sus Inst.

á aquello con que cada uno contribuye: es decir, que discrepan acerca de si la proporcion ha de ser, como suele decirse comunmente, aritmética ó geométrica. No desconozco los plausibles motivos con que muchos intérpretes, y entre ellos Vinnio y Heineccio, se deciden por la distribucion proporcional; creo, sin embargo, que los textos romanos (1) autorizan á rechazar esta opinion: las palabras *æquas partes, æqualitèr,* que son opuestas á la de *pro ratâ parte,* me inclinan á favor de los que sostienen que la igualdad de los socios debe ser absoluta. Agrégase á esto, que no estando especialmente determinado en ningun lugar del derecho romano la parte que debe llevar el socio de industria en el caso de que no se haga expresion de las de ganancia ó de pérdida al constituirse el contrato, habria un vacío considerable si no se entendiera el texto de la igualdad absoluta de partes.

Ad unum duæ partes, ad alium tertia.—A pesar de que Justiniano dice aqui que nunca hubo duda acerca de que los contrayentes pudieran convenir en que fueran desiguales las partes de beneficios y pérdidas, se observa que Ulpiano (2) admite únicamente la desigualdad en el caso de que uno de los socios contribuya mas á la sociedad, ó por lo que á ella lleva, ó por su industria, ó por otro cualquier motivo. Pueden, sin embargo, no considerarse como contradictorios estos dos textos: porque en el hecho de introducir los socios en el pacto social tales desigualdades, implícitamente convienen en que hay justas causas que á ello los determinan.

Quia quorumdamità pretiosa est opera.—Al fundar Servio Sulpicio los motivos por que debia ser válido el contrato de sociedad en que se conviniera que á uno perteneciesen dos partes del beneficio y una de la pérdida, y á otro dos partes de la pérdida y una del beneficio, se atemperó á lo que ordinariamente sucede, esto es, que el hacer á uno de los socios de mejor condicion que á los otros debe su orígen á la presuncion de que su industria, su capacidad ó sus relaciones serán mas útiles á la sociedad. Mas no por esto debe creerse que la sociedad en que interviene semejante pacto de desigualdad entre las partes de las ganancias y las de las pérdidas es nula, si la persona beneficiada no tiene tan favorables circunstancias; porque siempre se presume que los contrayentes, por lo comun los mas conocedores de sus propios intereses, así lo creen: á lo que se agrega que la igualdad de las partes en las ganancias y en las pérdidas es condicion natural del contrato, modificable por la voluntad de los contrayentes.

Alter conferat, alter non conferat.—En esta sociedad uno de los socios lo será de capital y el otro de industria.

---

(1) Ley 8, tít. I, lib. VI: ley 6: §. inicial, ley 29: ley 76, tít. II, lib. XVII: §. 2, ley 7, tít. V, lib. XXXIX: ley 23, tít. 1, lib. XXXVI; y §. 2, ley 5, tít. III, lib. XLVI del Dig.

(2) §. inicial, ley 29, tít. II, lib. XVII del Dig.

Lucri partem ferat.—Condicion esencial es en el contrato de sociedad que todos los asociados participen de las utilidades. Aquella en que esto no sucede será nula: denominábanla los antiguos *leonina* (1), nombre que se refiere al apólogo de Esopo, del leon y los demás animales.

Damno non teneatur.—El convenio de que uno de los socios no participe de las pérdidas, es válido, como dice Ulpiano (2), citando en su apoyo la autoridad de Casio y de Sabino. Fúndase además esto en la utilidad que una persona puede reportar á la sociedad: razon que tambien queda expuesta antes, al manifestar los motivos con que se justifica el desigual señalamiento de provechos ó de pérdidas.

Eamdem partem servari.—Es de presumir que los socios tácitamente han querido que las pérdidas se repartan con la misma proporcion que los beneficios, en el hecho de no haber señalado distinta distribucion para aquellas que para estos.

Al finalizar la explicacion de este texto, debo añadir que pueden convenir los asociados, que en lugar de fijar ellos mismos el modo de distribuir las utilidades y las pérdidas, se deje su señalamiento al arbitrio de un tercero, el cual deberá seguirse, á no ser que su determinacion sea manifiestamente opuesta á la equidad y á la justicia (3).

4 Manet autem societas eousquè, *donèc in eôdem consensu* perseveraverint; at *cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas.* Sed planè, *si quis callidè* in hoc *renuntiaverit* societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti, si totorum bonorum socius, cum ab aliquô hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hæreditatem solus lucrifaceret, cogetur hoc lucrum communicare; si quid verò aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei verò, cui renuntiatum est, quicquid omninò post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

La sociedad dura mientras los socios perseveran en la misma intencion; de suerte que cuando uno de ellos renuncia á la sociedad, esta se disuelve. Pero si alguno de los asociados renuncia de mala fé á la sociedad para aprovecharse èl solo de un beneficio que va á venir, por ejemplo, si el que contrajo la sociedad universal de todos los bienes, habiendo sido instituido heredero por alguno, renuncia á la sociedad para adquirir él solo el lucro de la herencia, será obligado á comunicar con los otros esta ganancia; mas si sobreviene otro cualquier lucro que no buscó al hacer su renuncia, este á él solo pertenece. Aquel á cuya sociedad otro renunció, se aprovecha solo de todos los beneficios que adquiere con posterioridad á la renuncia. 4

(1) §. 2, ley 29 tit. II, lib. XVII del Dig.
(2) §. 1, ley 29 del mismo título y libro.
(3) Leyes 6, 76, 77, 78, 79, 80, tit. II, lib. XVII del Dig.

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 151, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Donèc in eôdem consensu. —El que la sociedad se disuelva cuando todos los socios convienen en ello, es consecuencia de la regla general en virtud de la cual los contratos que se forman por el mero consentimiento de los contrayentes, se disuelven de la misma manera.

Cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. — El Emperador habla aquí de algunos modos de disolverse la sociedad, que no son comunes á los demás contratos consensuales. Estos son la renuncia de uno de los socios, su muerte, la conclusion del objeto para que se formó la sociedad, la confiscacion y la cesion de bienes de uno de los socios. En este texto trata el Emperador de la renuncia, y en los siguientes de los demás modos que acaban de indicarse. La renuncia disuelve la sociedad, porque los socios forman cierta union fraternal (1) en la que no es prudente retener á uno contra su voluntad. Agrégase á esto, que además de ser la permanencia forzada un manantial perenne de discordias (2), puede perjudicar mucho á los intereses de la sociedad, á la que todos los socios deben prestar servicios, y de la que á su vez deben recibirlos. Es tan conforme á la naturaleza de este contrato que se disuelva por la voluntad de uno solo de los socios, que no tendria fuerza el pacto hecho en contrario (3). En este sentido dice Paulo (4) que la sociedad no puede celebrarse para siempre. Es cierto que en otro lugar (5) parece decir lo contrario, á saber, que la sociedad puede contraerse para siempre; más esto significa únicamente que el contrato no termina por el solo trascurso del tiempo, pero sin que sea obstáculo para que pueda separarse un socio si quisiere, quedando de este modo disuelta la sociedad.

Si quis callidè renuntiaverit. —Toda renuncia produce el efecto de disolver la sociedad, aunque no siempre el renunciante queda libre de sus consocios. Cuando la renuncia se hace de buena fé y sin el objeto de no comunicar ganancias ó de no participar de pérdidas que ya estan anunciadas, ningun socio tiene derecho á quejarse de la conducta del renunciante. No sucede así en los casos en que la renuncia sea fraudulenta ó intempestiva: el texto describe la fraudu-

---

(1) §. inicial, ley 63, tít. II, lib. XVII del Dig.
(2) §. 20, ley 71 lib. XXXI del Dig.
(3) Ley 14, tit. II, lib. XVII, del Dig.
(4) Ley 70 del mismo título y libro.
(5) §. inicial, ley 1 del mismo título y libro.

lenta, *callidè*, como si dijera *dolô malô*. La intempestiva es aquella que se hace sin necesidad en un momento en que convenia á todos los socios que la sociedad no se disolviera: *eô tempore quô interfuit sociis non dirimi societatem*, como dice Paulo (1), siguiendo á Labeon. El efecto de la renuncia, tanto fraudulenta como intempestiva es, que el renunciante queda ligado á los demás socios, al mismo tiempo que estos se libertan de él (2). Mas debe tenerse presente que toda renuncia que se hace antes de llegar el tiempo prefijado para la duracion de la sociedad es intempestiva.

5 *Solvitur* adhùc *societas* etiam *morte*
socii, quia, qui societatem contrahit,
certam personam sibi elegit (*a*). Sed
et, *si consensu plurium* societas coi-
ta sit, morte unius solvitur, etsi
plures supersint, *nisi in coeundâ*
6 *societate alitèr convenerit* (*b*). Itèm *si*
alicujus rei contracta societas sit,
et *finis negotio impositus est*, finitur
7 societas (*c*). *Publicatione* quoquè dis-
trahi societatem, manifestum est,
scilicèt si universa bona socii publi-
centur: nam, cum in ejus locum
alius succedat, pro mortuô habe-
8 tur (*d*). Itèm si quis ex sociis mole
debiti prægravatus *bonis suis cesserit*,
et ideò, propter publica aut privata
debita, substantia ejus veneat, solvi-
tur societas. Sed, hoc casu si adhùc
consentiant in societatem, nova vi-
detur incipere societas (*e*).

La sociedad se disuelve tambien 5
por la muerte de un socio, porque
el que la contrae lo hace en consi-
deracion á la persona que elige para
asociarse (*a*). Aun en el caso de que
hubiese diferentes asociados se di-
solverá la sociedad por la muerte de
un socio, á no ser que al celebrarse
el contrato se hubiera convenido
en otra cosa (*b*). Asimismo, si la so- 6
ciedad se ha formado para un nego-
cio determinado, concluye al mismo
tiempo que la negociacion para que
se celebró (*c*). La confiscacion disuel- 7
ve tambien y de un modo evidente
la sociedad si comprende todos los
bienes del asociado; porque como
sucede otro en su lugar, se reputa
como muerto (*d*). Se disuelve igual- 8
mente la sociedad cuando alguno de
los socios, agobiado con el peso de
sus deudas, hace cesion de bienes,
y en su consecuencia son vendi-
dos estos por créditos públicos ó par-
ticulares. Pero en este caso, si aun
consienten en estar asociados, se en-
tiende que empieza una nueva so-
ciedad (*e*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 153, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Paulo. (§. 9, ley 65. tit. II, lib. XVII del Dig.)
(*c*) Tomado de Paulo. (§. 10, ley 65 del mismo título y libro.)
(*d*) Tomado de Paulo. (§. 12, ley 65 del mismo título y libro.)
(*e*) Conforme con Cayo. (§. 154, Com. III de sus Inst.)

(1) §. 5, ley 65 del mismo título y libro.
(2) §. 3, 4, 5 y 6, ley 65 del mismo título y libro.

Comentario.

Solvitur societas morte socii.—Aunque por regla general los herederos suceden en los derechos y obligaciones que provienen de los contratos del difunto, consecuencia del principio de que el que contrae lo hace para sí y para su heredero, esto no es extensivo al contrato de sociedad, en el que entran las partes por la confianza mútua que se inspiran; asi la desaparicion de uno de los socios lleva tras sí la de sus mútuas relaciones. Esto es de tal manera, que no podrian convenir válidamente desde el principio, que la sociedad continuase con los herederos de uno de ellos (1). Así es que los herederos solamente suceden en los derechos activos ó pasivos adquiridos en la sociedad antes de la muerte de su causante (2). Esceptúanse, sin embargo, de esta disposicion general las sociedades que tienen por objeto el arrendamiento de impuestos ó rentas públicas, *societates vectigalium*, respecto á las que se halla establecido que los herederos participen de las pérdidas y ganancias por consecuencia de las operaciones hechas despues de la muerte de su antecesor, y en las que se admite que pueda convenirse la continuacion con los herederos, á no ser que la persona que haya fallecido sea tan necesaria á la sociedad que sin ella no pueda ir adelante la administracion, ó que sea aquella en cuya contemplacion entraron los demás en la sociedad (3).

Si consensu plurium.—Aunque sean varios los que hayan contraido la sociedad, se disuelve esta, no solo con relacion á los herederos del socio muerto, sino entre los demás que sobreviven (4); lo cual se funda en que el que consiente formar una sociedad con muchas personas reunidas, no manifiesta su voluntad de asociarse con alguno ó algunos de ellos solamente, y puede suceder muy bien que el que fallezca sea aquel en cuya contemplacion entraron otros en la sociedad.

Nisi in coeundâ societate alitèr convenerit.—En los casos en que se conviene que la sociedad continúe entre los socios que sobrevivan, está clara la voluntad de los contrayentes sobre este punto: mas aun entonces la sociedad antigua quedará disuelta formándose una nueva, si bien será efecto del contrato primitivo, de modo que este producirá dos sociedades sucesivas, fundadas ambas en la confianza y conocimiento recíproco que tienen entre sí los asociados.

---

(1) Ley 35, tit. II, lib. XVII del Dig.
(2) Ley 35; y § 8 de la ley 63 del mismo título y libro.
(3) Ley 59; y §. 8 de la ley 63, tit. II, lib. XVII del Dig.
(4) §. 9, ley 65 del mismo título y libro.

Si finis negotio impositus est.—En este caso concluye la sociedad por falta de objeto.

Publicatione.—Ulpiano (1) y Modestino (2) sustituyen á la confiscacion la capitis-diminucion como medio de disolver la sociedad. Comprenden estos jurisconsultos bajo la frase *capitis-diminucion* las denominadas máxima y media, porque una y otra llevaban en pos de sí la confiscacion (3), esto es, la sucesion del fisco en los bienes del condenado. Y asi dice el texto al hablar de esta confiscacion: *nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuô habetur.* Puede esto tambien explicarse por la asimilacion que hacian los romanos de la muerte natural con la civil.

Bonis suis cesserit.—La venta de los bienes de un deudor lo dejaba reducido á la última pobreza; faltaban por lo tanto las condiciones que los socios se habian propuesto al entrar en sociedad, y por consiguiente esta debia cesar.

9 *Socius socio* utrùm eô nomine tantùm *teneatur pro sociô actione,* si quid dolô commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est, an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est: prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est; sufficit enim, talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam, qui parùm diligentem socium sibi assumpsit, de se queri debet.

Se ha suscitado cuestion acerca de si el socio está obligado hácia su consocio por la accion *pro sociô* únicamente en el caso de que cometa dolo como el depositario, ó si tambien lo está por razon de culpa, esto es, de incuria y negligencia: ha prevalecido la opinion de que debe tambien responder por la culpa; mas esta culpa no debe ser graduada hasta la más exacta diligencia, porque basta que el socio emplee en las cosas comunes la misma diligencia que acostumbra emplear en las propias: el que eligió un socio poco diligente debe quejarse de sí mismo. 9

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (Ley 72, tít. II, lib. XVII del Dig.

Comentario.

Socius socio teneatur pro sociô actione.—Como se ve en este párrafo, la accion *pro sociô* es *la que tienen los asociados para hacer efectivos sus respectivos derechos.* Completaré la doctrina que conviene tener presente acerca de este punto, haciendo una ligera indicacion de los derechos y obligaciones mútuas de los socios. Los derechos son:

(1) §. 10, ley 68 del mismo título y libro.
(2) §. 1, ley 4 del mismo título y libro.
(3) §. inicial, ley 1, tít. XX, lib. XLVIII del Dig.

1.° Participar de las ganancias de la sociedad, en los términos que antes quedan expuestos. 2.° Ser indemnizados por los demás consocios respectivamente de los daños que se les originen ó por no haber aportado estos á la sociedad el capital en que convinieron, ó por haber empleado en su uso personal las cosas que eran comunes á la sociedad, ó por haber demorado el restituirlas (1). 3.° Obtener una indemnizacion por la falta leve *in concretô* de los otros asociados. 4.° Renunciar oportunamente á la sociedad, en los términos ya expuestos. 5.° Ser indemnizados proporcionalmente de las pérdidas, gastos y obligaciones que les haya ocasionado la sociedad (2). 6.° Exigir cuentas á los que hayan administrado los negocios de la sociedad. 7.° Gozar del beneficio llamado *de competencia*, esto es, no ser obligados á pagar lo que adeuden á la sociedad sino en cuanto puedan, y reteniendo lo necesario para subsistir, *in quantum facere potest* (3).

Estos derechos de un socio se convierten á su vez en obligaciones suyas respecto á los demás; así es que: 1.° Participa de las pérdidas en la proporcion convenida, y á falta de pacto, de la manera antes expuesta. 2.° Debe indemnizar á los demás por los perjuicios que les haya ocasionado no aportando todo lo que ofreció llevar á la sociedad. 3.° Presta la culpa leve *in concretô*. 4.° Indemniza proporcionalmente á los otros socios en los términos convenidos por razon de las pérdidas, gastos y perjuicios que la gestion de los negocios de la sociedad les hubiere ocasionado. 5.° Da cuenta á la sociedad, si fué gerente de los negocios. 6.° Así como, segun queda dicho, el socio en tanto puede ser obligado á pagar, en cuanto no quede reducido á la indigencia, así tambien si fuere condenado, lo será con nota de infamia (4). En el principio de fraternidad que la ley quiere que la sociedad lleve consigo, se funda el que no sea reducido uno á la indigencia por parte de los demás socios, y el que sobre él recaiga una nota especial por el abuso que haya cometido contra los que debia considerar como hermanos.

La accion *pro sociô* sirve para hacer efectivos los derechos y las obligaciones que tienen los socios entre sí: puede definirse la *accion directa que compete á todos y á cada uno de los socios, y á sus herederos, contra otro ú otros consocios y sus herederos, para que se cumplan las obligaciones* y *se hagan efectivos los derechos que resultan del contrato de sociedad*. No debe confundirse esta accion con la de *communi dividundô*. La accion *pro sociô* tiene por fin obtener

---

(1) Ley 21, §. 1: ley 38; y §. inicial, ley 60, tit. II, lib. XVIII del Dig.
(2) Leyes 27 y 28, §. 1: ley 38; y §§. 4, 12 y 14, ley 52 del mismo título y libro.
(3) §. inicial, ley 73, tit. II, lib. XVIII; y ley 16, tit. I, lib. XLII del Dig.
(4) Ley 1; y §. 6, ley 6, tit. II, lib. III, del Dig.

del consocio el cumplimiento de las obligaciones que la sociedad le impone, bien se trate de cosas corporales, de créditos ó derechos; y el que la entabla se propone la condenacion de un socio. La accion *communi dividundô* tiene por fin la division de la cosa comun: en ella se trata de que se haga una adjudicacion, esto es, que cada uno de los socios obtenga en proporcion absoluta y exclusiva una parte de lo que antes correspondia á todos; y su resultado es que cese la comunion, al menos en la cosa que se divide, sin que esto sea obstáculo para que pueda entablarse subsistiendo la sociedad, con objeto de distribuir una ó varias cosas que á ella pertenecen, si con arreglo á las condiciones del contrato procede la division. Mas aunque el objeto principal de la accion *communi dividundô* es la division y adjudicacion de bienes, esto no impide que el juez deba tener en cuenta las indemnizaciones que hayan de hacer los socios en los términos que en otro lugar manifestaré. Estas dos acciones no se excluyen mútuamente; pero como tienen algunos puntos de contacto, y á veces podria conseguirse por una lo mismo que por otra se hubiera ya conseguido, debe observarse la regla de que nadie pueda obtener en virtud de una de ellas lo adquirido en virtud de la otra.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestro derecho (1), á diferencia del romano, establece que en la sociedad de todas las ganancias estén comprendidos los bienes que á un socio tocaren por herencia ó por cualquier otro título, y viene á considerar la sociedad que simplemente hacen los socios como la que los romanos llamaban de todas las ganancias.

Cuando la renuncia sea intempestiva, únicamente incurre el renunciante en la obligacion de resarcir á sus compañeros el daño que les haya ocasionado (2). En los demás puntos nuestro derecho (3) está conforme con el romano.

No debe confundirse la sociedad convencional, de que en este título se habla, con la legal de ganancias que tienen los cónyuges en virtud del contrato de matrimonio, sociedad que se rige por disposiciones peculiares, de que al tratar de los efectos del matrimonio queda hecha indicacion. No cabe en los límites que tengo adoptados, hablar del contrato de sociedad bajo el aspecto mercantil.

---

(1) Ley 12, tít. X, Part. V.
(2) Ley 11 del mismo título y Part.
(3) Dicho título y Partida.

TITULUS XXVI.

De mandato.

TÍTULO XXVI.

Del mandato.

El principio exclusivo del primitivo derecho de los romanos en virtud del cual nadie podia ser representado por otro en los actos mas importantes, y que hacia que los derechos y las obligaciones se constituyesen ó radicasen sola y necesariamente en las personas á quienes correspondian, fué sucesivamente modificándose, si no en los actos eminentemente civiles en el riguroso sentido de esta palabra, al menos en los demás, y especialmente en los que se clasificaban como propios del derecho de gentes. Mas á pesar de esto, conservó el derecho romano las reminiscencias de su origen: el que hacia por otro no se entendia que representaba á este, sino que obraba en su propio nombre, es decir, que para sí adquiria los derechos, y que él mismo se hacia responsable de las obligaciones que contraia; era necesario acudir á rodeos, á acciones útiles y á otros medios indirectos, para que en último resultado el derecho ó la obligacion vinieran á recaer sobre aquel por cuya cuenta se habian ejecutado. Por esto en el mandato no se reputaba al mandatario como representante del mandante, sino como una persona que obraba en su propio nombre, pero por cuenta de otro; derecho modificado despues por la jurisprudencia, como manifestaré en el trascurso de esta obra.

El jurisconsulto Paulo (1) advierte que el mandato debe su orígen á las relaciones de amistad y de benevolencia entre los contrayentes, *originem ex officiô, atque amicitiâ trahit.* Su misma denominacion mandato, *mandatum, manus datio,* está tomado de los símbolos y demostraciones recíprocas de adhesion y confianza que los contrayentes hacian al celebrarlo, dándose mútuamente las manos, uno como en señal de encargar, y el otro en la de prometer su fé.

El mandato es *un contrato consensual por el que una persona encarga gratuitamente un negocio lícito á otra que lo acepta.* El que hace el encargo se llama *mandante,* y el que lo acepta *mandatario.* Este contrato, como consensual, queda perfeccionado desde el momento en que las partes se convienen, produciendo desde luego todos sus efectos. Es requisito esencial en él que sea gratuito; de otro modo degeneraria en locacion-conduccion.

---

(1) §. 4, ley 1, tít. I, lib. XVII del Dig.

Mandatum contrahitur *quinque modis,* sive suâ tantùm gratiâ aliquis tibi mandet, sive suâ et tuâ, sive alienâ tantùm, sive suâ et alienâ, sive tuâ et alienâ. *At si tuâ tantùm gratiâ* tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum, et ob id nulla ex eô obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

El mandato se contrae de cinco maneras: ó en utilidad solamente del mandante, ó en la del mandante y del mandatario, ó en la de un tercero, ó en la del mandante y de un tercero, ó en la del mandatario y de un tercero. El mandato que se hace únicamente en utilidad del mandatario, es inútil, y por lo tanto no nace de él ni obligacion ni accion.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (Ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)

Comentario.

Quinque modis.—No es esta division la única que puede hacerse del mandato. Ulpiano (1) lo divide en general, *omnium rerum*, y en especial, *unius rei*, segun se refiera á todos los negocios del mandante ó á uno determinado. Puede ser tambien ó *expreso*, ó *tácito* (2); porque el que estando presente permite, por ejemplo, que alguno salga fiador por él, se entiende implícitamente que le da el encargo de que lo haga. Mas dejando aparte estas divisiones y fijándome en la quíntuple del texto, diré que podia añadirse una sexta, á saber: el caso de que se hiciera el mandato en utilidad del mandante, del mandatario y de un tercero: caso de que presentan ejemplos las leyes.

At si tuâ tantùm gratiâ.—El mandato hecho en mera utilidad del mandatario, realmente no es mandato, aunque tenga la forma exterior de este contrato: es un consejo que no produce obligacion, y por lo tanto, ni accion contra el que lo da ni contra el que lo recibe, segun con mas extension se manifiesta en el párrafo sexto de este mismo título.

1 *Mandantis tantùm gratiâ* intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut *pro eô sponderes.*

Ejemplo del mandato que se hace solamente en utilidad del mandante es, si alguno te encomienda sus negocios para que los dirijas, ó te encarga comprar alguna heredad, ó salir *sponsor* por él. 1

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 1, ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)

---

(1) §. 1 ley 1; y leyes 58, 60 y 63, tit. III, lib. III del Dig.
(2) §. 2, ley 6; y ley 18, tit. I, lib. XVII del Dig.

Comentario.

Mandantis tantùm gratiâ.—Este es el modo mas frecuente de constituirse el mandato.

Pro eô sponderes.—Al hablar de los fiadores se ha visto que en tiempo de Justiniano habian desaparecido los *sponsores*; parece por lo tanto que en lugar de la palabra del texto *sponderes*, debió ponerse la de *fidejuberes*. De presumir es que el lugar de Cayo, de donde Justiniano tomó el texto que precede, usara del mismo ejemplo que aquí pone; sin embargo, se observa que en la ley de las Pandectas citada en los orígenes, de la que sin duda tomó Justiniano el texto, en lugar del verbo *spondere* se pone bajo la autoridad de Cayo *fidejubere*, lo cual á mi juicio es una de tantas correcciones como se permitieron hacer los redactores del Digesto en los fragmentos de los jurisconsultos que insertaron en su obra.

2 Tuâ et mandantis, veluti si mandet tibi, *ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur* (*a*), aut si, *volente te agere cum eô ex fidejussoriâ causâ,* mandet tibi, ut cum reô agas periculô mandantis, vel ut ipsius periculô stipuleris ab eô, *quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat* (*b*).

Hay mandato en tu utilidad y en la del mandante, por ejemplo si alguno te encarga prestar dinero á interés á aquel que lo recibe para los negocios del mismo mandante (*a*); ó si queriendo tú entablar accion contra alguno por razon de fianza, él te manda que por su cuenta y riesgo dirijas tu accion contra el deudor principal; ó si te dice que á su propio riesgo estipules de otra persona por él delegada, lo que él te deba. (*b*). 2

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 4, ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§§. 7 y 8, ley 45 del mismo título y libro.)

Comentario.

Ut pecuniam sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius mutuaretur.—Este caso se explica fácilmente: si uno da á otro el mandato de que preste con interés á un tercero cantidad determinada que deba servir para los negocios del mandante, es claro que en este caso resulta utilidad al mandante y al mandatario: al mandante, porque de otro modo quedaria paralizada la gestion de sus negocios por falta del dinero del préstamo; al mandatario, porque tiene colocado su capital de una manera ventajosa para él, y además puede dirigir su accion contra el man-

dante en caso de que aquel á quien presta el dinero no se lo restituya oportunamente.

Volente te agere cum eô ex fidejussoriâ causâ.—Justiniano al poner este ejemplo siguió el derecho antiguo, olvidándose de una innovacion interesante que él mismo habia introducido. Con arreglo á aquel, cuando el acreedor se dirigia ó bien contra el deudor principal, ó bien contra uno de los fiadores, si estos eran varios, los demás, despues de la contestacion de la demanda, quedaban libres. Fundábase esto en que habia una novacion con la que se estinguia el antiguo derecho, sustituyéndose otro en su lugar. En el caso del texto se supone que habiendo el acreedor fijado la eleccion sobre el fiador, éste, antes de llegar á la contestacion de la demanda, daba el mandato al acreedor de perseguir por su cuenta y riesgo al deudor principal. En este caso se verificaba una verdadera novacion en que el fiador quedaba libre como tal; pero obligado en concepto de mandante. Este mandato era ventajoso al acreedor, porque en lugar de tener un solo obligado á quien ejecutar, tenia dos; y al fiador, porque dilataba su obligacion de pagar, y no era compelido á mas que á lo que dejase de satisfacer el deudor principal. Mas este derecho habia sufrido ya alteracion antes de las Instituciones, que como es sabido fueron publicadas en el año de 533, puesto que en el año de 531 dió Justiniano una constitucion (1) por la que establecia que la accion ejercitada contra alguno de los obligados principal ó accesoriamente, no fuera obstáculo para entablar la correspondiente contra los otros. En su virtud estos no quedaban libres; y por lo tanto el mandato á que se refiere el ejemplo de que aquí habla el Emperador, no podia producir utilidad en la época en que se publicaron las Instituciones. Aunque la doctrina del texto no hubiera tenido antes de las Instituciones la alteracion referida, la habia sufrido despues cuando se concedió á los fiadores el beneficio de excusion, porque en tanto podia dirigirse contra ellos el acreedor, en cuanto resultase insolvente el deudor principal.

Quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.—Un ejemplo aclarará mas este caso. Debiendo Ticio cien áureos á Seyo, y Sempronio otros cien áureos á Ticio, Ticio delega á Sempronio para que pague en su lugar á Seyo, dando á este el mandato de estipular de aquel lo que le debe: esta estipulacion hecha por Seyo extingue la deuda de Sempronio respecto de Ticio, y la de Ticio respecto de Seyo, porque infiere novacion en ambas; pero Ticio queda responsable como mandante, y Seyo tendrá la accion *ex stipulatu* contra Sem-

---

(1) Ley 28, tit. XLI, lib. VIII del Cód.

pronio, y en caso de que este no le pague, la accion contraria de mandato contra Ticio. El mandato en este caso ofrece interés para ambos contrayentes; para el mandatario Seyo, porque tiene dos acciones en lugar de una que antes le competia, y para el mandante Ticio, porque queda libre de su obligacion primitiva si es solvente el deudor Sempronio, y en todo caso responde únicamente de lo que no pueda cobrarse de este (1).

3 *Alienâ* autem *causâ* invenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titiô sponderes.

Hay mandato celebrado en favor de otro cuando, por ejemplo, alguno te encarga que administres los negocios de Ticio, que le compres una heredad, ó que seas *sponsor* por él. 3

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 2, ley 2, tít. I, lib. XVII del Dig.)

Comentario.

Alienâ causâ.—En otro lugar (2) queda manifestado que las obligaciones tienen por objeto el que cada uno atienda á sus propios negocios, de lo que es consecuencia que las acciones únicamente se dan al que está interesado en intentarlas; por lo tanto el que solamente en utilidad de una persona extraña da un mandato, por este mero hecho no queda obligado: y asi dice Ulpiano (3): *mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit; ceterùm si nihil interest, cessat mandati actio; et eatenùs competit, quatenùs interest.* De aquí se infiere que por la mera convencion no nace la accion de mandato en el caso del texto, es decir, que el mandatario no puede ser compelido al cumplimiento de lo que prometió; mas si á pesar de todo lo ejecuta, tiene la accion contraria de mandato para que el mandante le indemnice de todos los gastos y pérdidas que se le hayan originado; y como por otra parte el extraño cuyos negocios han sido desempeñados por el mandatario, puede dirigirse contra el mandante por la gestion que se ha hecho de su órden, es consiguiente que éste á su vez por la accion directa de mandato pueda pedir cuentas al mandatario, si no obró con la buena fé que exigia el contrato celebrado (4).

---

(1) §. 2, ley 22: §. 2, ley, 26; y §. 7, ley 45, tít. I, lib. XVII del Dig.
(2) §. 18, tít, XIX, de este mismo libro.
(3) §. 6, ley 3, tit. I, lib. XVII del Dig.
(4) §. 4, ley ' del mismo titulo y libro.

4 Suâ et alienâ, veluti si de communibus suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eô et Titiô sponderes.

Se celebra el mandato en interés ó en utilidad del mandante y de un tercero, por ejemplo, si uno te encarga administrar negocios que tiene comunes con Ticio, ó de comprar una heredad para él y Ticio, ó de ser *sponsor* por él y Ticio. 4

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 3, ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)

5 Tuâ et alienâ, veluti si tibi mandet, ut Titio *sub usuris crederes*. Quodsi ut sine usuris crederes, alienâ tantùm gratiâ intercedit mandatum.

El mandato es en utilidad del mandatario y de un tercero si, por ejemplo, el mandante te encarga prestar con interés á Ticio; porque si te manda prestar sin interés, el mandato será solamente en utilidad de un tercero. 5

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 5, ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)

Comentario.

Sub usuris crederes.— Aquí es el mandato en utilidad del mandatario por la ventaja que le resulta de tener á rédito su dinero.

6 *Tuâ gratiâ* intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas potiùs in emptiones prædiorum colloces, quàm feneres, vel ex diversô, ut feneres potiùs, quàm in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis *consilium est*, quàm mandatum, *et ob id non est obligatorium*: quia nemo ex consiliô mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui dabitur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an expediat consilium (*a*). Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat tibi, eam emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati teneretur. Et adeò

El mandato es únicamente en utilidad del mandatario, por ejemplo, si alguno te manda colocar tu dinero mas bien en la compra de heredades que en darlo á interés, ó viceversa. Este mandato mas que verdadero mandato es un consejo, y por lo tanto no es obligatorio, porque ninguno se obliga por haber dado un consejo, aunque sea perjudicial al que lo recibe, puesto que cada uno tiene libertad de examinar si le es útil, ó no, seguirlo (*a*). Por esto si alguno te aconsejare que coloques el dinero que tienes sin empleo en comprar alguna cosa ó en hacer un préstamo, no tendrás contra él la accion de mandato, aunque no te haya sido útil comprar ó prestar, 6

hæc ità sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares, sed obtinuit Sabini sententia, *obligatorium esse in hoc casu mandatum,* quia non alitèr Titio credidisses, quàm si tibi mandatum esset (*b*).

Esto es de tal manera, que ha habido una cuestion acerca de si estaria obligado por la accion de mandato el que te hubiere encargado que prestases á Ticio á interés: pero ha prevalecido la opinion de Sabino, de que en este caso el mandato era obligatorio, porque sin él no habrias prestado á Ticio (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 6. ley 2, tit. I, lib. XVII del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 156, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Tuâ gratiâ.—El mandato de que habla el principio de este texto, se dirige á una persona que en el caso de que lo acepte solo lo hace en su propio interés, sin estar sujeto por el mero hecho del mandato á ninguna accion, y sin adquirir ningun derecho. En efecto, si no hace lo que se le encargó, no puede ser reconvenido por el mandante, que ni espera ventajas de su cumplimiento ni perjuicios de su omision, y sabido es, como otras veces se ha dicho, que las obligaciones y las acciones son para adquirir lo que á cada uno le interesa. Por otro lado el mandatario no podria tener accion contra el mandante por las pérdidas que hubiere experimentado, puesto que siendo absolutamente libre para seguir ó no las inspiraciones recibidas, deberá imputarse á si mismo haber adoptado un consejo que le era perjudicial. En una palabra, la razon de que el mandato que se hace solo en utilidad del mandatario no produce efectos es, porque realmente no es mandato, pues que no produce obligacion, y en donde no hay obligacion no hay contrato: el mandato en su significacion verdadera supone una voluntad que prescribe, á la cual se sujeta el aceptante.

Consilium, est, et ob id non est obligatorium.—El consejo, por regla general, no es obligatorio, porque deja en libertad á la persona á quien se da, para que haga lo que mejor cuadre á sus intereses. Pero no por esto se crea que es irresponsable el que aconseja con mala intencion; antes bien debe responder de las consecuencias, por la accion de dolo: pues si bien nadie está obligado por el poco feliz éxito de lo que aconseja, sí á prestar lealtad y buena fé al aconsejar. Esta doctrina se reasume por Ulpiano (1) en estas palabras, admitidas

(1) §. inicial, ley 47, tit. XVII, lib. L del Dig.

como una regla de derecho: *consilii non fraudulenti nulla obligatio est; ceterùm si dolus et calliditas intercessit, de dolô actio competit.*

Obligatorium esse in hoc casu mandatum.—Obsérvese bien la diferencia que hay entre los dos casos que este texto propone. El que manda á otro que emplee su dinero más bien en una clase de negociacion que en otra sin designar persona, no contrae responsabilidad alguna, porque en rigor no manda sino que aconseja: lo mismo sucede en el caso de que, tratándose de persona determinada, se concretase alguno á informar bien de los medios que el otro tiene para pagar (1), como lo dice Ulpiano (2) con relacion á los *proxenetas* ó corredores que se limitan á manifestar el crédito de las personas con quienes se contrae; esto debe entenderse en el caso de que no medie dolo, el cual, segun queda expuesto, siempre hace responsable al que lo comete (3). Pero desde el momento en que el consejo ó el informe toma el carácter de mandato, queda obligado el que lo dá: así acontece en el caso del texto á que se refieren las palabras que comento, porque la determinacion de persona, y la forma imperativa con que se hace el mandato, son las circunstancias que determinan al mandatario á dar prestado el dinero á Ticio, lo que de otro modo no hubiera tenido lugar. En la misma responsabilidad incurriria el mandante, si hubiera mandado á un acreedor que concediera un respiro á su deudor, tomando por su cuenta el peligro de la deuda (4).

En estos casos, del mismo modo que en los de que hablan el párrafo segundo y el quinto de este mismo título, el mandato se asemeja bastante á la fianza, y los comentadores le han dado el nombre de mandato *calificado*; epíteto que ni es clásico ni romano: las leyes aplican mas especialmente al que asi manda el nombre de *mandator*, por lo cual en el Cuerpo del Derecho de Justiniano se unen en las rúbricas (5) las palabras *fidejussores* y *mandatores*. Cuando el mandato se considera bajo semejante aspecto, es decir, como una intercesion, está sujeto en gran parte á las reglas de la fianza. Asi tiene lugar respecto de él la prohibicion del senado-consulto Veleyano (6), el beneficio de excusion (7), el de division en el caso de que sean varios los *mandatores* (8), y el de la cesion de acciones. Pero hay tambien diferencias notables entre los *mandatores* y los fia-

---

(1) §. 10, ley 7, tít. III, lib. IV del Cód.
(2) Ley 2, tít. II, lib. L del Dig.
(3) §. inicial, ley 47, tít. XVII, lib. L del Dig.
(4) §. 14, ley 12, tít. I, lib. XVII del Dig.
(5) Tít. I, lib. XLVI del Dig.: tít. XLI, lib. XVIII del Cód.; y nov. 4.
(6) Ley 6, tít. I, lib. XVI del Dig.
(7) Cap. 1, nov. 4.
(8) Ley 7, tít. I, lib. XXVII del Dig.

dores: la principal es que la obligacion de los primeros no es accesoria como la de los segundos, sino que es un contrato independiente; de modo que en realidad hay en este caso dos contratos principales, á saber, el de mandato entre el mandante y el mandatario, y el que resulta de la operacion entre el mandatario y la tercera persona de que se trata. De aquí dimana que no se liberta el deudor por la accion del mandatario contra el *mandator*, y que tampoco queda libre si se entabla contra el *mandator* la accion *mandati* (1), si bien Justiniano estableció el mismo derecho respecto á los fiadores (2): resulta igualmente que la paga que hace el *mandator* no liberta al deudor, porque aquel paga en su propio nombre y en virtud de ser principalmente responsable (3); y por último, que el *mandator*, despues de haber satisfecho al mandatario, puede hacer que se le cedan las acciones que este tenia contra el deudor, lo cual, como se ha visto, no pueden conseguir los fiadores (4).

7 Illud quoquè mandatum non est obligatorium, *quod contra bonos mores est*, veluti si Titius de furtô, aut de damnô faciendô, aut de injuriâ faciendâ tibi mandet (*a*). Licêt enim pœnam istius facti nomine præsteris, *non* tamen *ullam habes* adversùs Titium *actionem* (*b*).

No es obligatorio el mandato contra las buenas costumbres, por ejemplo, si Ticio te manda cometer un hurto, ó hacer un daño ó una injuria (*a*); pues aunque hayas sufrido la pena por este hecho, no tienes ninguna accion contra Ticio (*b*). 7

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 157, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 6, ley 22, tít. I, lib. XVII del Dig.)

Comentario.

Quod contra bonos mores est.—Esta regla no es especial al mandato, sino comun á todas las obligaciones convencionales, cuyo orígen nunca puede ser una causa torpe ó ilícita.

Non ullam habes actionem.—Es claro que el mandante no tendria ninguna accion contra el mandatario para obligarle á cometer el delito en que habian convenido; así es que el texto se limita á hablar de la accion contraria de mandato, es decir, de la que por regla general compete al mandatario para que el mandante le resarza los perjuicios que le

(1) Ley 13, tít. III, lib. XLVI del Dig.
(2) Ley 28, tít. XLI, lib. VIII del Cód.
(3) §. 28, ley 1, tít. I, lib. XVII del Dig.
(4) Ley 76, tít. III, lib. XLVI del Dig.

ha ocasionado el cumplimiento del mandato, y le niega esta accion por la torpeza de la causa de que proviene.

8 Is, qui exequitur mandatum, *non debet excedere fines mandati.* Ut eccè, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titiò sponderes, neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejubere: alioquìn non habebis cum eò *mandati actionem.* Adeò quidèm, ut *Sabino et Cassio placuerit,* etiamsi usque ad centum áureos cum eô agere velis, inutilitèr te acturum; diversæ scholæ auctores rectè usque ad centum áureos acturum existimant: *quæ sententia* sanè *benignior est* (*a*). Quodsi minoris emeris, habebis scilicèt cum eô actionem, quoniam, qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utiquè mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur (*b*).

El mandatario no debe esceder los límites del mandato. Así en caso de que uno te hubiese mandado comprar una heredad, ó salir *sponsor* por Ticio hasta la suma de cien áureos, no debes comprar en más la heredad, ni salir fiador por mayor suma: de otro modo no tendrás contra él la accion de mandato. Esto es de tal manera, que Sabino y Casio opinaron que aun si querias limitarte á entablar la accion por los cien áureos, lo hacias inútilmente: más los jurisconsultos de la escuela opuesta son de dictámen de que puedes entablar válidamente la accion hasta la cantidad de los cien áureos, opinion indudablemente más benigna (*a*). Pero si hubieres comprado la heredad por menos precio, tendrás accion contra el mandante; porque se sobreentiende que el que te mandó que comprases la heredad por cien áureos, te mandó que la compraras en menor cantidad, si podias conseguirlo (*b*). 8

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 161, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 161, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Non debet excedere fines mandati.—El mandatario que escede los fines del mandato se entiende que hace cosa diferente de la que se le mandó, como dice Paulo (1). Consecuencia de esto es, que al mismo tiempo que está sujeto á la accion directa que contra él tiene derecho á entablar el mandante para conseguir lo que le interesa por no haber sido ejecutado el mandato, no pueda á su vez entablar la accion contraria de mandato para conseguir la indemnizacion de los gastos y dispendios que sus actos le hubieren ocasionado.

(1) Ley 5, tit. 1, lib. XVII del Dig.

Mandati actionem.—El mandato pertenece á los contratos bilaterales imperfectos ó intermedios: debe por lo tanto producir una accion *directa* y otra *contraria*, ambas de buena fé; la primera que nace inmediatamente que el contrato se celebra, la segunda por un hecho posterior. La accion *directa* de mandato es *la que se dá al mandante y á su heredero, contra el mandatario y su heredero, para que el mandatario haga el negocio que tomó á su cargo, y él y su heredero entreguen la cosa adquirida con sus frutos, den cuentas y presten toda clase de culpa* (1). Accion *contraria* de mandato es *la que compete al mandatario que cumplió con el mandato, y á su heredero, contra el mandante y su heredero, para conseguir su indemnizacion.* La accion directa de mandato en caso de condenacion lleva consigo la infamia, como más adelante advierte el Emperador (2).

Sabino et Cassio placuerit.—Fundábanse estos jurisconsultos para establecer la dura doctrina de que el que excedia los límites del mandato no podia entablar accion contra el mandante ni aun en la cantidad á que se concretaba el encargo y su desempeño, en que el que se extralimitaba no hacia lo que se le habia encargado, sino otra cosa diferente. No puede negarse que habia lógica en semejante modo de pensar; sin embargo, tambien habia un rigor excesivo, inconciliable con la equidad que debe reinar en todos los contratos, y especialmente en aquellos que, además de ser bilaterales, suponen la mayor confianza y amistad entre las personas que los celebran.

Quæ sententia benignior est.—Indudablemente es más equitativa la opinion de los Proculeyanos, porque además de no ocasionar ningun perjuicio al mandante, el cual nunca queda obligado mas que en los términos del contrato, favorece al mandatario, evitándole en parte pérdidas. Adoptada por la ley la opinion de los Proculeyanos, se infiere que si el mandatario recibió la órden de obligarse á término, y lo hizo puramente, no podrá entablar la accion contraria de mandato hasta despues de espirar el término (3); y que el que vende una heredad del mandante por menor cantidad que la que este le encargó, debe satisfacerle todo el precio; sin cuya circunstancia conservará el mandante la propiedad, y tendrá el derecho de reivindicacion (4).

9 Rectè quoquè mandatum contractum, si, dùm *adhùc integra res sit, revocatum fuerit*, evanescit.	El mandato aunque se haya contraido válidamente queda deshecho, si es revocado estándo aún íntegra la cosa. 9

(1) Leyes 13 y 21, tit. XXXV, lib. IV del Cód.
(2) §. 2, tit. XVI, lib. IV de estas Inst.
(3) §§. inicial y 1, ley 22, tit. I, lib. XVII del Dig.
(4) §§. 3 y 4, ley 5 del mismo título y libro.

ORÍGENES.

Coforme con Cayo. (§. 159, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Si adhùc integra res sit.—Para que se desvanezca del todo el mandato del mismo modo que si no hubiera existido, es necesario que todavía no haya empezado á tener ejecucion, porque la revocacion nunca puede referirse á hechos consumados (1). Por la misma razon debe ser indemnizado el mandatario en el caso de que haya cumplido el mandato despues de la revocacion, pero antes de que la supiera (2).

Revocatum fuerit.—Del mismo modo que la sociedad tiene modos peculiares de disolverse, los tiene tambien el mandato. Cuatro son estos modos peculiares: dos por partes del mandante, y dos por la del mandatario; por parte del mandante, la revocacion y la muerte, y por la del mandatario, la renuncia y la muerte. El presente texto habla únicamente de la revocacion, modo de disolverse sin que intervenga el consentimiento del mandatario; lo que se funda en que este contrato no tiene por objeto directo dar un derecho al mandatario, sino imponerle una obligacion.

10 Itèm si, adhùc *integrô mandatô* mors alterutrius interveniat, id est vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, *solvitur mandatum*. Sed utilitatis causâ receptum est, ut, sí mortuô eô, qui tibi mandaverat, *tu ignorans eum decessisse*, executus fueris mandatum, posse te agere *mandali actione*: alioquìn *justa et probabilis ignorantia* damnum tibi afferret. Et huic simile est, quod placuit, si debitores, *manumissô dispensatore Titii*, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioquìn, strictâ juris ratione, non possent liberari, quia alii solvissent, quàm cui solveri debuerint.

Tambien se disuelve el mandato si estando aun íntegra la cosa sobreviene la muerte del mandante ó del mandatario. Pero motivos de utilidad han hecho decidir que si muerto el mandante é ignorándolo tú, hubieres ejecutado el contrato, puedas entablar la accion de mandato, porque de otra manera, una ignorancia justa y probable te ocasionaria perjuicio. Semejante á esta decision es la que se dió en caso de que habiendo sido manumitido el exclavo de Ticio que administraba sus bienes, los acreedores que ignoraban la manumision le hubieren pagado; estableciéndose que quedaran libres de sus deudas, aunque con arreglo al rigor extricto del derecho no podrian estarlo, por haber pagado á otro que á aquel á quien debian hacerlo. 10

(1) Ley 15; y §. 1, ley 26 del mismo título y libro.
(2) Dicha ley 15

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 160. Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Integrô mandatô.—No quieren decir estas palabras que despues que la cosa dejó de estar integra, la muerte de uno de los contrayentes no disuelve el mandato, sino que los herederos del demandante deben indemnizar al mandatario, y los del mandatario á su vez á los del mandante, de las obligaciones y acciones que tuvieron lugar en vida de sus respectivos antecesores.

Solvitur mandatum.—El mandante, al confiar en una persona, busca en ella la inteligencia, la industria ó la buena fé de que tiene noticias ó pruebas, y estas circunstancias no se trasmiten á los herederos; causa suficiente para que por la muerte del mandatario se extinga el mandato. Por otra parte, el mandante en el hecho de dar á otro el mandato, significa ó que no quiere ó que no puede hacer una cosa por sí mismo, y su sucesor probablemente tendrá posibilidad y voluntad de ejecutarla; motivo tambien para que se extinga el mandato por la muerte del mandante.

Tu ignorans eum decessisse.—El principio riguroso en virtud del cual inmediatamente que muere el mandante cesa el mandato, podria traer graves perjuicios al mandatario de buena fé que ignorando la muerte del mandante hubiera puesto en ejecucion la comision gratuita de que se encargó. Esto seria una falta de equidad, en un contrato de buena fé, que requiere consultar latamente la utilidad respectiva de los contrayentes. De aquí dimana que se haya conservado la accion contraria al mandatario, para que pueda ser indemnizado de lo que hizo despues de la muerte del mandante mientras lo ignoraba. Mas cuando se trata de un negocio ya empezado, parece que si se sigue de su paralizacion un perjuicio irreparable, no debe detenerse el mandatario en llevarlo á cabo, al menos hasta impedir el daño que se teme; si bien entonces no será considerado como mandatario, sino como *gestor de negocios*.

Mandati actione.—Esto es, la accion contraria de mandato, como queda dicho antes.

Justa et probabilis ignorantia.—Estas palabras se refieren al mandatario: despues que este muere, si sus herederos ejecutaran el mandato, careeerian de toda accion, porque no podrian alegar la ignorancia de la muerte de aquel en cuya representacion obraron indebidamente.

Manumissô dispensatore Titii.—Todo el que tiene justa causa para ignorar que el mandato ha sido revocado, puede contraer válidamente

con el mandatario: por esto, no solamente quedarán libres los deudores en el caso del texto, esto es, cuando pagaron al esclavo administrador de los bienes de su señor despues que habia dejado de serlo por la manumision, sino tambien cuando permaneciendo el esclavo en potestad se le hubiere retirado la facultad de administrar, ó hubiere sido enagenado por su dueño: doctrina extensiva á todos aquellos cuyos poderes son revocados (1).

11 Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum, aut *quamprimum renuntiandum est*, ut per semetipsum, aut per alium eamdem rem mandator exequatur. Nam nisi itâ renuntiatur, ut integrâ causâ mandatori reservetur eamdem rem explicandi, nihilominùs mandati actio locum habet, *nisi justa causa intercessit*, aut non renuntiandi, aut intempestivè renuntiandi.

Todos pueden no recibir el mandato; mas una vez recibido, el mandatario debe ejecutarlo, ó renunciar cuanto antes á él para que el mandante pueda hacer por sí ó por otro lo que desea; porque si la renuncia no se hace de modo que estando íntegra la cosa quede al mandante facilidad de ejecutarla, tendrá lugar la accion de mandato, á no ser que justas causas hayan impedido ó renunciar ó renunciar á tiempo. 11

ORÍGENES.

Tomado de Paulo. (§. 11, ley 22, tít. 1, lib. XVII del Dig.)

Comentario.

Quamprimùm renuntiandum est.—Del mismo modo que se ha visto en uno de los párrafos anteriores que la voluntad del mandante es suficiente para que el mandato concluya, así basta para producir el mismo efecto la voluntad del mandatario. Mas para esto es menester que de la misma manera que el mandante tiene que manifestar su voluntad revocando el mandato, tambien el mandatario la manifieste renunciando á él. Esto debe hacerlo estando aún íntegra la cosa y á tiempo en que el mandante pueda por sí mismo ó por otro hacer lo que encomendó al renunciante. Por esto dice el texto, que la renuncia debe hacerse cuanto ántes, ó como suele decirse, *tempestivamente*: la renuncia intempestiva deja ligado al mandatario por la accion de mandato á llevar á efecto lo que voluntariamente aceptó, ó á resarcir los perjuicios que la inejecucion haya causado al mandante.

Nisi justa causa intercessit.—Causas justas para renunciar al mandato intempestivamente son, por ejemplo, la enfermedad que impida al

(1) §. 3, ley 27, tít. 1, lib. XVII del Dig.

mandatario cumplir su cometido, las enemistades capitales que sobrevengan entre el mandante y el mandatario (1), la insolvencia del mandante, y la necesidad que tenga el mandatario de hacer un viaje (2); porque la obligacion del mandatario no vá tan allá que se vea en la precision de sacrificar su propio interés en beneficio del mandante.

12 Mandatum et in diem differri, et sub conditione fieri potest.

El mandato puede hacerse á término, ó bajo condicion. 12

ORÍGENES.

Copiado de Paulo. (§. 3, ley 1, tít. I, lib. XVII del Dig.)

13 In summà sciendum est, *mandatum, nisi gratuitum sit*, in aliam formam negotii cadere: nam mercede constitutà, incipit locatio et conductio esse (*a*). Et ut generalitèr dixerimus: quibus casibus, sine mercede suceptò officiò, mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus, interveniente mercede, locatio et conductio contrahi intelligitur. Et ideò, si fulloni polienda curandave vestimenta dederis, aut sarcinatori sarcienda, *nullá mercede constitutá neque promissá*, mandati competit actio (*b*).

Por último, debe saberse que el mandato cuando no es gratuito se trasforma en otro contrato, porque si se ha constituido merced será locaccion-conduccion (*a*). Y es regla general que en todos aquellos casos en que sin intervenir merced habria contrato de mandato ó de depósito, en los mismos cuando la merced interviene se entiende que hay locacion-conduccion. Por lo tanto, si dieres vestidos á uno para que los limpie y cuide, ó á un sastre para que los componga, sin fijar ni prometer merced, corresponde la accion de mandato (*b*). 13

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (§. 4, ley 1, tít. I, lib. XVII del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 162, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Mandatum, nisi gratuitum sit.—He dicho anteriormente que era de esencia del mandato que fuera gratuito; esto se funda en que es un servicio de amistad y de benevolencia, que como tal resiste que se convenga en recompensas. Debe entenderse esta doctrina en el caso de que los servicios de que se trata, puedan ser apreciados y pagados del mismo modo que los trabajos de los artesanos de que ha-

---

(1) Leyes 23 y 25, tít. I, lib. XVII del Dig.
(2) §. 1, tít. XV, lib. II de las Sentencias de Paulo.

bla el texto. En efecto, muchos casos se presentan en que se hacen servicios que por su naturaleza no pueden ser estimados debidamente, y en que media una recompensa, que mas que pago material del servicio es una prueba de reconocimiento por parte del que lo ha recibido. Entonces no por esto deja de considerarse el contrato como mandato; si bien á la remuneracion que se dá, se aplica el nombre de *honorarios*. Así sucede con los agrimensores (1), con los médicos y los abogados (2), y con las demás profesiones liberales, y se ha hecho extensivo á toda clase de encargos, si versan acerca de hechos que la costumbre general no considera como locacion-conduccion (3). Mas en tales casos hay de singular, que si se han prometido honorarios, de esta promesa no nace la accion contraria de mandato, ni ninguna otra accion ordinaria á favor de aquel á quien se hizo; sino que el magistrado, extraordinariamente, *extra ordinem*, esto es, sin dar accion ni juez, determina lo que conviene á los intereses de la justicia (4).

Nullâ mercede constitutâ neque promissâ.—Al tratar de la locacion-conduccion (5) dijo Justiniano, que si uno daba vestidos á otro para que los compusiera ó los limpiara, sin establecer ninguna merced pero conviniendo en fijar despues de hecho el trabajo lo que debia pagarse por él, nacía una accion *præscriptis verbis*, como de un contrato innominado. En el caso de este texto, por el contrario, hay mandato; porque ni se fija recompensa desde luego, ni se promete para despues.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El mandato está basado entre nosotros en los mismos principios que por derecho romano (6): solamente es de notar la regla general de que el mandatario debe prestar la culpa leve (7); doctrina que en muchos casos se separa de la general que respecto á la prestacion de culpas adoptaron las Partidas, y de que se ha hablado en otro lugar.

---

(1) §. inicial, ley 1, tit. VI, lib. XI del Dig.
(2) §. 10, ley 1, tit. XIII, lib. L del Dig.
(3) §. 2, ley 5, tit. V, lib. XIX del Dig.
(4) Leyes 6 y 7, tit. I, lib. XVII: §§. inic. y 1 tit. XIII, lib. L del Dig.; y ley I, título XXXV, lib. IV del Cód.
(5) §. 1, tit. XXIV de este Libro.
(6) Tit. XII, Part. V.
(7) Ley 26, tit. V, Part. III; y ley 2, tit. XII, Part. V.

Ninguna ley española establece que el mandato extrajudicial se estingue por la muerte, por la revocacion ó por la renuncia; y sin embargo es opinion comun de nuestros juriconsultos, seguida sin contradiccion en la práctica, que termina de cualquiera de los modos expresados: opinion que se funda en que siendo la voluntad, la confianza, las garantías y la aptitud especial de las personas las circunstancias que se tienen presentes al contraer el mandato, faltando cualquiera de ellas se supone que falta la causa principal de la obligacion. En cuanto á los mandatos judiciales se halla expresamente establecido que el mandante pueda revocar el mandato y el mandatario renunciarlo, si bien respecto al último debe mediar una justa causa (1); mas en la práctica no se exige la alegacion de esta.

TITULUS XXVII.

De obligationibus quasi ex contractu.

TITULO XXVII.

De las obligaciones que nacen casi de un contrato.

Las fuentes principales de las obligaciones son los contratos y los delitos, únicas que reconocia el antiguo derecho; mas la jurisprudencia hizo conocer otras, que no podian referirse á las mismas causas, pero que por la semejanza que tenian con ellas en los efectos, *ex variis causarum figuris*, se decia que debian su orígen ya casi á un contrato, ya casi á un delito, *quasi ex contractu, quasi ex maleficio*. De observar es que los romanos no llamaron á estas obligaciones *cuasi-contratos* ni *cuasi-delitos*, como á imitacion de los intérpretes se ha hecho siempre en nuestras escuelas y ha venido á ser admitido en el idioma científico: nomenclatura que si bien no es clásica, produce utilidad, porque así con una sola palabra se evita el acudir á rodeos que introducirian frecuentemente confusion en las doctrinas. Ni parece que las palabras *cuasi-contrato* y *cuasi-delito*, á pesar de no estar usadas por los jurisconsultos clásicos, tienen la irregularidad, la incorreccion, ni el sabor bárbaro que otras de las introducidas por los intérpretes de los siglos medios: un idioma que dió carta de naturalizacion á los vocablos *cuasi-usufructo, quasi-ususfructus* (2), *cuasi-marido, quasi-maritus* (3), no podia resistir lógicamente los de *cuasi-contrato*, *quasi-contractus*, y *cuasi-delito*, *quasi-delictum* ó

(1) Leyes 23 y 24, tít. V, Part. V.
(2) §. 2, tít. IV, lib. II de estas Inst.
(3) §. 27, ley 32, tít. I, lib. XXIV del Dig.

quasi-maleficium. El motivo que sin duda tuvieron los jurisconsultos romanos para no introducir estas palabras, fué el evitar que se incurriera en un error: en efecto, al decir que las obligaciones dimanan de un cuasi-contrato ó de un cuasi-delito, parece que se supone que ha de haber un hecho, anterior á la obligacion, que sea su causa y orígen; hecho que se asimile ya á los contratos, ya á los delitos. Mas esto, si bien es cierto generalmente, no lo es siempre: basta observar, por lo que hace á los *cuasi-contratos*, que en el de la administracion de la tutela, cargo obligatorio como oportunamente se ha manifestado, no puede señalarse un hecho voluntario por el que resulte obligado el tutor: la ley es aquí la que sola y exclusivamente induce la obligacion; no el hecho del que se encarga de una administracion ,á que es compelido. Dada esta explicacion, y creyendo que á un clasicismo riguroso no debo sacrificar la claridad, usaré de las palabras *cuasi-delito* y *cuasi-contrato* admitidas por nuestros jurisconsultos en nuestras escuelas y en nuestro foro.

Esto supuesto, puede decirse que las *obligaciones que provienen de casi un contrato* son *las que nacen con un carácter semejante á las que provienen de contratos, y producen efectos análogos.* Para conocer la exactitud de esta definicion basta observar que la mayor parte de los llamados *cuasi-contratos*, tienen grandes puntos de afinidad con algun contrato; así las obligaciones que provienen de la gestion de negocios y de la administracion de la tutela y de la curadoría se asemejan al mandato; el cuasi-contrato de la comunion de bienes á la sociedad; el cuasi-contrato de la adicion de herencia á la estipulacion; y por último, el cuasi-contrato de pago de lo indebido por error al contrato de mútuo.

Todas las obligaciones que se comprenden en el uso comun bajo el nombre de *cuasi-contratos* dimanan del consentimiento que la ley presume, fundándose en razones de equidad. Estas razones son ya la de que todos consienten en lo que les trae utilidad, ya que ninguno debe querer enriquecerse con perjuicio de otro, ya por último, que el que quiere las consecuencias de una cosa, no puede rechazar sus antecedentes. Pero debe cuidarse de no confundir el consentimiento tácito con el presunto: el tácito, del mismo modo que el expreso, da lugar á un verdadero contrato, en los términos que antes de ahora se ha manifestado.

Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de his obligationibus, quæ non propriè quidèm ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, quia non ex maleficiô substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur

Despues de haber enumerado las diferentes clases de contratos, pasemos á aquellas obligaciones que hablando con propiedad no nacen de un contrato, pero que no tomando su orígen de un delito, parecen nacer como de un contrato.

1 Igitur, *cum quis absentis negotia gesserit*, ultrò citròque inter eos nascuntur *actiones*, quæ appellantur *negotiorum gestorum*: sed domino quidèm rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio; negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullô contractu propriè nasci, manifestum est: quippeità nascuntur istæ actiones, si sine mandatô quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit: ex quâ causâ hi, quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causâ receptum est, nè absentium, qui *subitâ festinatione coacti*, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregrè profecti essent, desererentur negotia: quæ sanè nemo curaturus esset, si de eô, quod quis impendissent, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utilitèr gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum; ità et contrà iste quoquè tenetur, ut administrationis rationem reddat (*a*). Quô casu *ad exactissiman* quisque *diligentiam* compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibuisse, qualem suis rebus adhibere soleret, si modo alius diligentior commodiùs administraturus esset negotia (*b*).

Así cuando alguno ha administrado los negocios de un ausente, nacen de una y otra parte acciones llamadas *negotiorum gestorum*; una directa, á favor de aquel cuyos negocios han sido administrados contra el que los administró, y otra contraria, á favor de este último. Es claro que estas acciones no nacen en realidad de ningun contrato, porque tienen lugar cuando uno se mezcla sin mandato en la gestion de los negocios agenos; por cuya razon aquellos cuyos negocios han sido administrados se obligan aun sin saberlo. Por causa de utilidad se ha admitido esto, para que no quedasen abandonados los negocios de los ausentes que se hubieren visto obligados á salir precipitadamente sin dejar á nadie encomendada la administracion de sus negocios, de los cuales sin duda ninguno se encargaria á no tener accion por los gastos que hubiese hecho. Mas del mismo modo que el que ha administrado de una manera útil los negocios de otro tiene á este obligado, así por el contrario él mismo permanece obligado á dar cuenta de su administracion (*a*). En esta cuenta el gerente responde de la mas exacta diligencia, y no le basta emplear en la administracion los mismos cuidados que habitualmente dedica á los propios negocios, si otro mas diligente que él podia haberlos administrado mejor (*b*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. inicial, ley 5, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

(*b*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 20, tít. XVIII, lib. II del Cód.)

Comentario.

Cum quis absentis negotia gesserit.—El cuasi-contrato de la *gestion* ó *gerencia de negocios* (1) tiene lugar cuando uno entra en la administracion de negocios de otro que ni le ha dado mandato ni tiene conocimiento de tal administracion. El que sin dar órden de administrar sus negocios sabe que otro los administra y calla, se entiende que le ha dado un mandato tácito: como mandante se considera tambien al que ratifica la gestion (2). Puede ser gestor de negocios todo el que tiene capacidad de obligarse, y por sus actos quedará sujeto á la obligacion aun el que era incapaz de obligarse por sí mismo.

Actiones negotiorum gestorum.—La gestion de negocios, tan semejante al mandato, produce lo mismo que él, dos acciones: una que nace inmediatamente, y por lo tanto es directa; y otra contraria, por nacer de un hecho posterior. La directa es *la que compete á aquel cuyos negocios son administrados, y á su heredero, contra el gerente y su heredero para que le dé cuentas, le entregue lo que corresponda y le resarza el daño que le haya ocasionado por cualquier culpa.* La accion contraria *negotiorum gestorum* es *la que compete al gestor de negocios y á su heredero contra aquel cuyos bienes han sido administrados, y contra su heredero, para ser indemnizado de los gastos necesarios ó útiles que hubiere hecho en la cosa.* Respecto á estos gastos tiene tambien el gerente el derecho de retencion, y bastan que hayan producido una utilidad real cuando se hicieron, aunque la utilidad haya desaparecido en el momento en que se entabla la accion (3). No tiene lugar esta accion contraria cuando los gastos se han hecho sin utilidad alguna (4), ó solamente por capricho (5), ó más en beneficio del gerente que del principal (6), y por último, si fueron desembolsados por razon de piedad, ó con ánimo de donarlos (7). De lo expuesto se

(1) No dudo que á muchos parecerán poco castizas las frases «gestion de negocios, gerencia de negocios y gestor de negocios» que uso en este lugar. La Academia española no las admite en su Diccionario; y sin embargo, en la escuela y en el foro se emplean como adecuadas para representar la idea que los romanos expresaban con la frase «negotiorum gestio» y «negotiorum gestor;» por esto yo las admito, porque de otro modo no podrian ser igualmente precisas mis palabras.

(2) Ley 60, tit. XVII, lib. L del Dig.

(3) ⅞. 1, ley 10: ⅞. 2 de la ley 12; y leyes 25 y 45, tit. V, lib. III del Dig.

(4) ⅞. 1, de la ley 10, tit. V, lib. III del Dig.

(5) Leyes 25 y 27 del mismo título y libro.

(6) ⅞. 3, ley 6 del mismo título y libro.

(7) ⅞. 1 de la ley 27; y ley 44, tit. V, lib. III del Dig.; y leyes 11, 13 y 15, tit. XIX, lib. II del Código.

deduce una diferencia digna de notarse entre las obligaciones del mandante con relacion al mandatario, y las de aquel cuyos negocios han sido administrados con respecto al gerente: en efecto, el mandante debe indemnizar al mandatario de todos los gastos de cualquier clase que sean hechos para la ejecucion del mandato, al mismo tiempo que el gerente de negocios únicamente puede solicitar el reembolso de los necesarios y de los útiles.

Subitâ festinatione coacti.—No es más que un ejemplo lo que aquí se dice, porque lo mismo sucederia con el que tuviera que hacer precipitadamente un viaje, pero en la esperanza de volver muy pronto no nombrase quien en su ausencia estuviera al frente de sus negocios; ó con aquel cuya vuelta se retardare de un modo que no habia previsto; ó cuando muriese el que habia quedado encargado por el ausente, y en otros casos análogos á estos.

Ad exactissimam diligentiam.—En este cuasi-contrato se presta la culpa leve en abstracto, sin duda para retraer que á su sombra perpersonas, ó curiosas ó buscando su interés propio, se entrometan á manejar los negocios del ausente. Así es que cuando el que toma á su cargo la gerencia lo hace para evitar un mal inminente, por ejemplo para impedir la venta de los bienes, prestará entonces solamente el dolo (1).

2 Tutores quoquè, qui tutelæ judiciô tenentur, non propriè ex contractu obligati intilliguntur (nullum enim negotium inter tutorêm et pupillum contrahitur): sed quia sanè non ex maleficiô tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Et hoc autem casu *mûtuæ sunt actiones*: non tantùm enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed et ex contrariô tutor cum pupillô habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eô fuerit obligatus, aut rem suam creditori ejus obligaverit.

Los tutores, responsables por la accion de tutela, no están obligados, hablando con propiedad, por un contrato (porque ningun contrato media entre el tutor y el pupilo); pero como no están obligados en virtud de un delito, parece que lo están como por un contrato. En este caso hay acciones mútuas, porque no tan solamente el pupilo tiene contra su tutor la accion de tutela, sino que á su vez tiene el tutor contra el pupilo la accion contraria de tutela si hizo algunos gastos en los negocios del pupilo, si se obligó por él, ó si hipotecó alguna cosa propia á los acreedores del mismo. 2

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 1, ley 5, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

---

(1) §. 9, de la ley 3, tit. V, lib. III del Dig.

Comentario.

Mutuæ sunt actiones. — En el libro primero de esta obra he hablado con la suficiente expresion de las obligaciones de los tutores, y tambien de las acciones que producia el cuasi-contrato de la tutela: acciones parecidas á las del mandato, con el que tiene gran analogía. Desde luego se advierte, que al encargarse el tutor del desempeño de su oficio, contrae la obligacion y responsabilidad que toma sobre sí el que administra negocios agenos; pero como estos mismos negocios pueden comprometerle en gastos que tenga que anticipar, ó á obligaciones que inmediatamente pesen sobre él, de aqui dimana que por un hecho posterior á la recepcion del cargo tenga á veces que hacer reclamaciones contra el pupilo: de este cuasi-contrato por lo tanto, como de aquellos contratos bilaterales imperfectos á que se dá tambien el nombre de intermedios, resultan dos acciones, directa una y contraria la otra. Acerca de estas acciones nada debo añadir á lo que en otro lugar (1) queda manifestado. Allí expuse las acciones que nacian de la curaduría, especie de cuasi-contrato muy semejante al de la tutela.

3 Itèm, si inter aliquos *communis sit res sine societate*, veluti quod paritèr eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideò teneatur communi dividundò judiciô, quod solus fructus ex eâ re perceperit, aut quòd socius ejus in eam rem *necessarias impensas* fecerit: non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse (quippe nihil inter se contraxerunt); sed; quia non ex maleficiô tenetur, quasi ex contractu teneri
4 videtur (*a*). Idem juris est de eô, qui cohæredi suo familiæ erciscundæ judiciô ex his causis obligatus est (*b*).

Asimismo, si una cosa es comun de varios sin que haya entre ellos contrato de sociedad; por ejemplo, si les ha sido legada ó donada conjuntamente, y el uno queda obligado al otro en virtud de la accion *communi dividundô* por haber percibido él solo los frutos de la cosa, ó porque el otro haya hecho en ella gastos necesarios, esta obligacion realmente no proviene de un contrato (puesto que nada convinieron entre sí), pero porque no dimana de un delito, por esto parece nacer como de un contrato (*a*). Lo mismo sucede 4
con aquel que por iguales motivos está obligado á su coheredero por la accion *familiæ erciscundæ* (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 31, tít. II, lib. XVII del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (Ley 34, tít. II, lib. XVII del Dig.)

---

(1) En el comentario al §. 2, tit. XXIV, lib. I de estas Inst.

Comentario.

Communis sit res sine societate.—La comunion de la propiedad y la de la herencia de que se habla en este texto tienen semejanza con el contrato de sociedad, y vienen á ser una representacion suya: las diferencias que los separan ya quedan expuestas al tratar de este contrato. Del mismo modo que la sociedad produce una accion á favor de cada asociado contra sus consocios, así tambien del cuasi-contrato de comunion de bienes nace la accion *communi dividundô*, y del cuasi-contrato de la herencia la de *familiæ erciscundæ*; acciones mistas, porque reunen el carácter de reales y de personales, como se explica mas adelante (1). El fin principal de estas acciones es dividir la cosa ó la herencia comun, y comunicar mútuamente el lucro, las pérdidas y los gastos que haya producido. Estas prestaciones personales y la obligacion de que provienen hacen que bajo cierto aspecto sean personales las obligaciones, si bien bajo otro punto de vista tienen el carácter de reales. No creo oportuno hablar más aquí de esta materia, que encontrará en el tratado de acciones mayor ampliacion.

Necessarias impensas.—Otros textos, refiriéndose á los gastos hechos en la cosa comun que son abonables al consocio que los adelantó, hablan génericamente de gastos, sin expresar que sean los necesarios (2). Algunos autores antiguos opinaban que estos gastos necesarios eran los únicos que tenia el condueño derecho de reclamar; opinion que habia prevalecido respecto á la dote (3). No creo, sin embargo, vistos los textos del Digesto que solo se refieren á las impensas, que Justiniano al hablar aquí únicamente de las necesarias quiso excluir las otras.

5 Hæres quoquè *legatorum nomine* non propriè ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum hærede, neque cum defunctô ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest): et tamen, quia ex maleficiô non est obligatus hæres, quasi ex contractu debere intilligitur.

El heredero no queda obligado 5
realmente al legatario en virtud de un contrato, (porque no puede decirse que el legatario ha celebrado contrato ninguno con el heredero ni con el difunto); pero como no está obligado por un delito, parece que debe como por un contrato.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 20, ley 5, tit. VII, lib. XLIV del Dig.)

---

(1) En el §. 20, tit. VI del lib. IV de estas Inst.

(2) §§. inicial y 3: ley 6: leyes 11 y 12: §. 1, ley 14: leyes 22 y 29, tit. III, lib. X, ley 34: §. 13, ley 65, tit. II, lib. XVII; y ley 46, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

(3) §. 5 de la ley 1, tit. VII, lib. XXXVII del Dig.

Comentario.

Legatorum nomine.—La adicion de la herencia obliga al heredero á pagar las cargas testamentarias que le dejó impuestas el testador, como antes de ahora y con repeticion se ha expuesto. Por esto se dice que la adicion de la herencia es un cuasi-contrato, en el cual se presume la intencion que tiene el heredero de cumplir con las disposiciones del testador pagando á los legatarios; presuncion que se funda tanto en la utilidad que á él mismo resulta, como en el hecho de la aceptacion, porque no puede aceptarse en parte, y en parte repudiarse la voluntad del testador. Mas no deben confundirse tales obligaciones testamentarias con las hereditarias: estas últimas recaen sobre el heredero; por ser la representacion jurídica de la persona del textador, y pueden ser reclamadas por los acreedores, no en virtud de la accion *ex testamentô* que es la que nace del cuasi-contrato de la adicion de la herencia, sino en virtud de las acciones á que dieron lugar los actos por que se obligó el finado, y que hubieran podido entablarse contra él si aun viviera. Téngase presente en este lugar lo que en otro se ha manifestado respecto á que los legatarios y fideicomisarios no solo tienen la accion personal *ex testamentô*, sino tambien la reivindicacion y la accion hipotecaria.

6 Itèm is, cui *quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur.* Adeò enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus, ut, si certiorem rationem sequamur, magìs (ut suprâ diximus) ex distractu quàm ex contractu possit dici obligatus esse: nam qui solvendi animô pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potiùs negotium, quàm contrahat. Sed tamen perindè is, qui accepit, obligatur, *ac, si mutuum illi daretur*, ét ideo condictione tenetur.

Del mismo modo, aquel á quien se ha pagado por error una cosa que no se le debia, parece que es deudor como por un contrato. No se entiende obligado en virtud de un contrato, porque si se quiere hablar rigurosamente, debe decirse, segun hemos manifestado anteriormente, que mas bien nace la obligacion de la disolucion que de la formacion de un contrato; puesto que el que dá para pagar tiene mas bien la intencion de disolver el contrato que de celebrarlo. Pero sin embargo, el que recibe se obliga del mismo modo que si se le hubiera dado en mútuo lo que se le entregó, y está por lo tanto sujeto á la condicion. 6

ORÍGENES.

Conforme con Cayo (§. 91, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Quis per errorem non debitum solvit.—En otro lugar (1) ha hablado el Emperador de la solucion de lo indebido, equiparándola al mútuo, y dándole, como aquí, efectos semejantes. Poco tengo que añadir á lo que entonces manifesté. El que paga lo que sabe que no debe, tiene por objeto donar, y no libertarse de una obligacion (2); por lo tanto no le alcanza el remedio que se concede al que pagó lo que creia deber y realmente no debia. La condiccion *indebiti* solamente se concede á este último, pero no si se hallaba obligado naturalmente, aunque hiciese el pago en la creencia de que tambien estaba ligado por un vínculo civil (3); porque además de no ser excusable el error de derecho, debe tenerse en cuenta, que si bien la obligacion natural no basta para producir accion, es suficiente al deudor para pagar válidamente, y al acreedor á quien se pagó para ejercer el derecho de retencion. Considérase como indebido para el efecto de la repeticion la deuda puramente civil que puede ser eludida por una escepcion pérpetua (4).

Quasi ex contractu debere videtur.—El pago de lo indebido es un cuasi-contrato; porque si bien el que recibe no manifiesta su voluntad de restituir, ni la consigna en un contrato, sin embargo, por el principio de moral que reprueba lucrarse con daño de otro, principio á que se supone que el hombre no quiere faltar, se entiende que implícitamente conviene en restituir lo que se le dió, si aparece despues que no se le debia.

Acsi mutuum illi daretur.—La equiparacion que aquí se hace entre el que recibe una cosa en mútuo y el que recibe lo indebido, viene á dar por resultado que este último sea considerado como dueño, ó lo que es lo mismo, que el error no impide la traslacion de la propiedad. Mas si una persona que por incapacidad física ó moral, como el pupilo ó el loco, no puede enagenar, pagase lo que no debia, ó bien á sabiendas ó bien por error, no trasferirá el dominio, y por lo tanto habrá lugar á la reivindicacion de la cosa pagada, en caso que exista, y solamente no existiendo deberá entablarse la condiccion *indebiti*. Pero si por el contrario el pago de lo indebido se hubiese hecho al pupilo ó al loco, como

(1) §. 1, tit. XIV de este mismo Libro.
(2) Ley 1; y §§. 2 y 3, ley 26, tit. VI, lib. XII del Dig.
(3) Ley 10, tit. VII. lib. XLIV del Dig.
(4) §. 3, ley 26; y ley 54, tit. VI, lib. XII del Dig.

estos no pueden obligarse recibiendo, solo tendrá lugar la condiccion *indebiti* contra ellos en cuanto se hallasen mas ricos con el pago al tiempo de la contestacion de la demanda.

La comparacion que en este título se establece entre el mútuo y la solucion de lo indebido, se refiere únicamente al pago de cosas fungibles, en cuyo caso la condiccion *indebiti* tiene por objeto el que se restituya otro tanto de la misma especie y calidad. Pero como la palabra *solucion* tomada en sentido mas lato significa el acto de libertarse de toda obligacion, á lo cual es consiguiente que no solo las cosas fungibles, sino todas, y lo que es mas, los hechos y las prestaciones del deudor sirvan para disolver la obligacion, de aquí dimana que en estos casos la condiccion que corresponde al que satisfizo por error lo que no debia, tenga diferente objeto. Así es, que en el caso de que lo pagado sea una cosa no fungible, el objeto de la condiccion será que vuelva á adquirir la propiedad de la cosa el que la dió; y si se trata de hechos ó prestaciones, entonces la condiccion servirá ó bien para restablecer las cosas al estado que tenian antes de hacer el pago, ó si esto no es posible, para indemnizar al que lo hizo (1).

7 Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit. Namque definierunt veteres, *ex quibus causis infitiandò lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquiliâ* vitèm *ex legatò* (*a*). Quod veteres quidèm in his legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuicumque fuerant legata (*b*): *nostra* autem *constitutio*, cùm unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis et fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis præbuit, sed tantum modò in his legatis et fideicommissis, quæ sacrosanctis ecclesiis, *ceterisque venerabilibus locis*, quæ religionis vel pietatis in-

En algunos casos, sin embargo, no puede reclamarse lo que no debiéndose se pagó por error. Así, decidieron los antiguos que no hubiera repeticion de lo indebidamente pagado en aquellos casos en que la negacion aumenta la cantidad de la condena, por ejemplo, en lo que se reclama en virtud de la ley Aquilia, ó por consecuencia de un legado (*a*). Los antiguos quisieron aplicar esta regla en los legados de determinado valor dejados con la fórmula *per damnationem* (*b*). Mas habiéndose dado por una constitucion nuestra la misma naturaleza á todos los legados, y á los fideicomisos, ninguno dejó de estar comprendido en esta decision; la cual no favorece á todos los legatarios, sino solo en el caso de dejarse los legados y fidei- 7

(1) §. 1. ley 22; §. 12 ley 26; leyes 31 y 39 §. 2, ley 40, tít. VI, lib. XII del Dig. y ley 3, tít. V, lib. IV del Cód.

tuitu honorificantur, derelicta sunt, quæ, si indebita solvantur, non repetuntur.

comisos á las sacrosantas iglesias y á los demás lugares venerables que los testadores han querido honrar por religion ó por piedad. Si estos legados se pagan indebidamente, no pueden ser reclamados.

ORÍGENES.

(a) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 4, tit. V, lib. IV del Cód.)

(b) Conforme con Cayo. (§. 283, Com. II de sus Inst.)

Comentario.

Ex quibus causis infitiandô lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse.—Este párrafo á primera vista presenta alguna oscuridad, pero realmente está claro. Hay en él un principio dominante, del que es consecuencia todo lo que contiene. Ese principio es que no está sujeto á reclamarse como indebido y satisfecho por error lo que se pagó á título de transaccion (1), regla prescrita expresamente en el derecho con objeto de evitar el que se reproduzcan los litigios. Para comprenderlo, debe considerarse que la doctrina de que lo indebido pagado por error pueda reclamarse, está fundada en que el pago se ha hecho sin causa. En los casos de que trata el texto no se ha pagado sin motivo, sino por el temor de que resistiendo á la demanda se tendria quizá que satisfacer el doble en último resultado, lo cual es una especie de transaccion.

Veluti ex lege Aquiliâ.—Las acciones de la ley Aquilia, de que se hablará en el Libro IV, se daban *in simplum*, esto es, por la cantidad debida, contra el que confesaba, y por el doble contra el que se presentaba negativo (2).

Ex legatô.—Antes de la reforma introducida por Justiniano de que se hace mencion en este texto, el heredero corria el peligro de pagar el doble en todo legado que consistia en una suma determinada. A fin de dar á este punto, y especialmente á las palabras *certa constituta per damnationem* toda claridad, me parece conveniente valerme de las mismas palabras de Teófilo. Al hacer este jurisconsulto la paráfrasis de las del Emperador: *Quod veteres quidem in his legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuicumque fuerant legata*, se expresa así: *Lo mismo decian los antiguos que tenia lugar en los legados que siendo ciertos se dejaban á cualquier*

(1) §. 1, ley 65, tit. VI, lib. XII del Dig.
(2) §. 10, ley 23, tit. II, lib. IX del Dig.

persona con la fórmula per damnationem. *Hay legado cierto si yo dijere*, HEREDERO, TE CONDENO Á DAR Á AQUEL CIEN ÁUREOS; *porque si dijere*, TE CONDENO Á DAR LO QUE TENGO EN EL ARCA, *como la cantidad no es manifiesta, el legado es incierto. En los legados ciertos dejados con la fórmula* per damnationem, *el heredero que negaba la deuda y despues era convencido, pagaba el doble; pero si no debiéndote por error te hubiera pagado como si te debiera, no podia reclamar lo que dió.*

Nostra constitutio. —No existe ninguna constitucion de Justiniano en que expresamente establezca la doctrina de que habla el texto; es de creer que se ha perdido la á que aquel se refiere.

Ceterisque venerabilibus locis. —Aluden estas palabras á los asilos que estaban erigidos para ejercer la religion ó la caridad, á cuya clase pertenecian entre otros los monasterios, de varones ó de vírgenes, y las casas para recoger los expósitos, los huérfanos ó los ancianos (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

En las diversas materias que este título comprende no se halla ninguna diferencia trascendental entre nuestras leyes y las romanas, sino respecto á la prestacion de culpa en la gestion de negocios. Segun las leyes de Partidas (2), el gestor de negocios presta por regla general la culpa leve; la lata, si se encarga de una administracion absolutamente abandonada y en que nadie pensaba; y la levísima, cuando estando otro dispuesto á administrar los bienes del ausente con grande diligencia, por relaciones de amistad ó parentesco entra él á hacerse cargo de la administracion.

TITULUS XXVIII.	TÍTULO XXVIII.
Per quas personas nobis obligatio acquiritur.	De las personas por las que podemos adquirir las obligaciones.

En el Libro segundo de esta obra el Emperador Justiniano consagró un título entero (3) á hablar de las personas por medio de las cuales se adquiere la propiedad, y en este Libro III, al tratar

(1) Ley 28, tit. II, lib. I, del Cód.
(2) Leyes 30 y 34, tit. XII, Part. V.
(3) Tit. IX.

de las estipulaciones, ha destinado esclusivamente otro (1) á las de los esclavos: en ambos han quedado ya expuestos los principios capitales de la materia que se toca en el presente, por cuyo motivo me detendré poco en su explicacion.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri vobis non solùm per vosmetipsos, sed etiam per eas personas, quæ in vestrâ potestate sunt, veluti per servos vestros et filios (*a*); ut tamen, quod per servos quidèm vobis acquiritur, *totum vestrum fiat*; quod autem per liberos, quos in potestate habetis, ex obligatione fuerit acquisitum, *hoc dividatur secundùm imaginem rerum* propietatis et ususfructus, quam nostra discrevit constitutio; ut, quod ab actione quoquomodô perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet *patre actionem movente* secundùm *novellæ nostræ constitutionis* divisionem (*b*).

Despues de haber expuesto las diversas clases de obligaciones que nacen de un contrato, ó como de un contrato, debemos advertir, que las obligaciones se adquieren no solo por vosotros mismos, sino tambien por las personas que estan en vuestra potestad, por ejemplo, por vuestros esclavos y por vuestros hijos (*a*): lo que adquirís por medio de vuestros esclavos, es todo vuestro; mas la utilidad que os resulte de la obligacion adqurida por los descendientes que están en vuestra potestad, se divide á imitacion de lo que ha determinado nuestra contitucion respecto á la propiedad y al usufructo de las cosas: asi, el provecho que venga de una accion corresponderá en usufructo al padre y en propiedad al hijo, debiendo ser entablada la accion por el padre segun la division establecida en nuestra novela (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 163, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Alude á su constitucion que es la ley 8, tit. LXI, lib. VI del Cód.

Comentario.

Totum vestrum fiat.—Respecto á las obligaciones de los esclavos no hay diferencia; las adquieren siempre á beneficio de su señor.

Hoc dividatur secundùm imaginem rerum.—La doctrina que en este texto se establece acerca de la adquisicion de las obligaciones de los hijos que se hallan en potestad, está basada sobre la teoría de peculios, expuesta ya en otro lugar (2). Consecuencia de ella es, que si la adquisicion de las obligaciones ha sido hecha con relacion á los peculios castrense ó cuasi-castrense, corresponderá exclu-

(1) Tit. XVII.
(2) En el §. 1 del tit IX del lib. II de estas Inst.

sivamente á los hijos, que tienen en ellos el carácter y representacion de padres de familia; si es con motivo de su peculio profecticio, pertenecerá exclusivamente al padre (1); y por último, si proviene del peculio adventicio ó por ocasion suya, pertenerá al padre en usufructo y en propiedad al hijo. A este peculio alude Justiniano al poner en el texto: *hujus usufructo quidèm habeat pater, proprietas autem filio servetur.*

Patre actionem movente.—En el caso de que sea necesario demandar á un deudor por razon del peculio adventicio, el padre y no el hijo es quien tiene que entablar la accion, del mismo modo que es quien debe presentar las escepciones cuando sea el hijo demandado; lo cual se funda en que no solamente es usufructario, sino tambien administrador legítimo de los bienes del sometido á potestad: pero debe advertirse, que si no está constituido el hijo en la primera edad ó se halla ausente, debe intervenir su consentimiento (2). Mas si las obligaciones de cuyo cumplimiento se trata son relativas al peculio castrense ó cuasi-castrense, al hijo considerado en ellas como padre de familia toca promoverlas; y por último, si corresponden al peculio profecticio, al padre pertenece, sin intervencion del hijo, ponerlas en ejercicio.

Novellæ nostræ constitutionis.—Esta constitucion, que como he manifestado en los orígenes está inserta en el código *repetitæ prælectionis*, recibe aquí el nombre de *novela* porque se dió despues de publicado el primer código que lleva el nombre de Justiniano, que es el que se formó antes de las Instituciones: las constituciones que se dieron despues de él se llamaron *novelas* hasta la publicacion del de *repetitæ prælectionis*, en que se insertaron, del mismo modo que ahora se denominan *novelas* las constituciones hechas despues de este segundo código.

1 Itém per liberos homines et alienos servos, *quos boná fide possidetis*, adquiritur vobis, sed tantùm ex duabus causis, id est si quid ex operibus suis vel ex re vestrâ acquirant.

Igualmente adquirís obligaciones por los hombres libres ó por los esclavos agenos que poseeis de buena fé; pero solamente en dos casos, á saber, cuando la adquisicion procede de sus trabajos, ó de una cosa vuestra. 1

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo (§. 161, Com. III de sus Inst.)

(1) Ley 6, tít. LXI, lib. VI del Cód.
(2) §. 3, ley 8, tít. LXI, lib. VI del Cód.

Comentario.

Quos bonâ fide possidetis.—Aplícase aquí la regla general enunciada en otro lugar, de que la buena fé tanto dá al poseedor cuanto la verdad de las cosas al dueño (1), y guarda armonía con la especial relativa á la adquisicion del dominio por medio de los esclavos poseidos con buena fé (2).

2 Per eum quoquè servum, in quô *usumfructum vel usum* habetis, similitèr ex duabus istis causis vobis acquiritur.

En estos dos mismos casos adquirís por el esclavo en que teneis el usufructo ó el uso. 2

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 165, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Usumfructum.—La doctrina que aquí se establece, á saber, que corresponde al usufructuario la obligacion adquirida por el esclavo, bien provenga del trabajo de este ó bien sea relativa á una cosa de aquel, guarda perfecta consonancia con lo que en otro lugar (3) queda expuesto, respecto á las adquisiciones en general hechas por los esclavos que se tienen en usufructo; por lo tanto del usufructario será la accion que nace para exigir el salario correspondiente al esclavo que contrató con un tercero su servicio, y de él será tambien la accion proveniente del arrendamiento que el esclavo hizo de una cosa de que era propietario el que le tenia en usufructo.

Vel usum.—Parece que en este lugar quiere equiparar en un todo Justiniano al esclavo que está en uso con el que está en usufructo; sin embargo, esto carece de exactitud. Cayo, de quien, como queda expuesto en los orígenes, tomó Justiniano las palabras del texto, omitió las de *vel usum*; y con razon, porque no es del todo aplicable al esclavo poseido en uso lo que del poseido en usufructo se dice. No hay duda en que es igual la condicion de ambos respecto á adquisicion de obligaciones contraidas con motivo de cosas correspondientes á aquel á cuyo favor está constituido el usufructo ó el uso, *ex re vestrâ*, como dice el texto: pero la adquisicion de la obligacion hecha con motivo del trabajo de los esclavos, *ex operibus suis*, excede indudablemente los límites del uso: por esto dice Ulpiano en un fragmento á que Justiniano dió carácter de ley en el Digesto (4): *si*

(1) En el Comentario al §. 35, tít. I, lib. II de estas Inst.
(2) §. 4, tít. IX, lib. II de estas Inst.
(3) §. 4, tít. IX, lib. II de estas Inst.
(4) §. inicial de la ley 14, tít. VIII, lib. VII del Dig.

quidêm ex operis ejus, non valebit: quoniam nec locare operas ejus possumus.

3 Communem servum pro dominicâ parte dominis acquirere certum est, exceptô eô, quod uni nominatìm stipulandô, aut per traditionem accipiendò, illi soli acquirit, veluti cum ità stipuletur: TITIO, DOMINO MEO, DARE SPONDES? (*a*). sed si unius domini jussu servus fuerit stipulatus; *licèt anteà dubitabatur*, tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantùm acquirat, qui hoc ei facere jussit, *ut suprà dictum est* (*b*).

Es cierto que el esclavo comun adquiere para sus señores proporcionalmente á la parte de dominio que tiene cada uno: esceptúanse el caso en que estipule ó en que se le haga la tradicion para uno de ellos en particular, pues entonces adquiere solamente para este; por ejemplo, si estipulase: ¿PROMETES DAR Á TICIO MI SEÑOR? (*a*). Pero si estipulase por órden de uno solo de los señores, aunque antes habia dudas acerca de esto, una constitucion nuestra las ha desvanecido, estableciendo que se adquiera solamente para aquel que mandó estipular, como se ha dicho antes (*b*). 3

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 167, Com. III de sus Inst.)
(*b*) La constitucion á que aqui alude es la ley 3, tít. XXVII, lib. IV del Cód.

Comentario.

Licêt antea dubitabatur.—En otro lugar (1) he manifestado la divergencia que habia entre las antiguas escuelas de jurisconsultos, y que Justiniano, siguiendo á Cayo, desechó la opinion de los Proculeyanos adhiriéndose á la de los Sabinianos.

Ut suprà dictum est.—El lugar á que alude aqui Justiniano es el párrafo 3 del título XVII de este mismo Libro.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Debo remitir aqui, á lo que comparando nuestro derecho con el romano dije en el título XVII del presente Libro.

---

(1) Comentario al § 3, tít. XVIII de este mismo Libro.

TITULUS XXIX.

Quibus modis obligatio tollitur.

TÍTULO XXIX.

De los modos de disolverse las obligaciones.

Expuestos los modos de contraer las obligaciones, pasa el Emperador á tratar de aquellos por los que se disuelven; materia que muy bien se podia haber diferido para despues de explicar las obligaciones que nacen del delito ó como del delito.

Las expresiones generales que tenian los latinos para significar la disolucion de un contrato eran *solutio, solvere* (1), palabras metafóricas que se contraponian perfectamente á la antigua *nexus*, á las de *obligatio* y *contractus*, y á las de *vinculum juris*, frase tan usada por los intérpretes para definir la obligacion; todas estas indican el lazo que une al obligado con el obligante, así como la de *solutio* es la más á propósito para significar que el lazo se desata. Cuatro son las significaciones que en el derecho se dan á esta palabra. En su sentido mas absoluto y general comprende la voz *solutio* el modo de desatarse la obligacion, aun sin necesidad de que resulte satisfecho el acreedor; así sucede siempre que por cualquiera circunstancia venga á hacerse ineficaz el derecho de este, como por ejemplo, cuando la cosa debida perece sin culpa del deudor. Tomada la misma palabra *solutio* en sentido mas limitado, significa todo acto que deja satisfecho al acreedor (2): en este sentido comprende el pago, la aceptilacion, la novacion y el mútuo disentimiento, modos de disolverse las obligaciones de que sucesivamente habla el Emperador en este título. En sentido todavía mas limitado sirve la palabra *solutio* para significar todo hecho ejecutado con arreglo á la obligacion contraida (3). Por último, en su sentido mas estricto se refiere á la ejecucion de lo prometido cuando esta consiste en entregar una cosa *solutio nummorum*; *rem, pecuniam solvere* (4). El lugar en que se emplean las palabras *solutio* y *solvere*, indican siempre suficientemente la mayor ó menor latitud en que se toman.

En este título habla el Emperador de la extincion de las obligaciones por estar satisfecho el deudor, que es la segunda significacion de la palabra *solutio* entre las que acabo de exponer; porque ó bien reciba el acreedor lo que se le debe, ó bien lo remita, ó bien nove

(1) Ley 54, tit. III; lib. XLVI del Dig.
(2) Ley 176 tit. XVI, lib. L del Dig.
(3) Ley 176, del mismo título y libro.
(4) §. inicial, ley 46; y leyes 47, 48 y 54, tít. III, lib. XLVI del Dig.

su crédito, ó bien de buen grado y de comun acuerdo con su deudor convenga en que ambos se separen de la obligacion contraida, que son los modos de disolverse las obligaciones de que aquí se trata, siempre vendrá á resultar que se dá el acreedor por satisfecho.

Pero si me limitara á exponer y explicar la doctrina de los textos que este título comprende, sin duda omitiria doctrinas interesantísimas que no conviene que pasen desapercibidas en una obra elemental; por esto sin separarme del método del Emperador, añadiré los modos de disolverse las obligaciones que no están comprendidos aquí, y así no solamente hablaré de la solucion en el sentido en que en este lugar la toma Justiniano, sino en su significacion lata, en la que contiene todos los modos de terminar las obligaciones.

Esto supuesto, las obligaciones se extinguen, ó *ipsô jure*, ú *ope exceptionis*. Terminan *ipsô jure*, cuando la obligacion se estingue de modo que no queda accion alguna por derecho civil para reclamar. La frase *ipsum jus* se contrapone en este lugar al derecho pretorio, que dá tambien medios contra la accion civil, pero medios indirectos á que se denomina *escepciones*, porque así como hay obligaciones civiles y pretorias, hay tambien modos de disolverlas, otorgados ya por el derecho civil, ya por la equidad del pretor: estos últimos vienen á dejar ineficaces las obligaciones, no directamente ni estinguiéndolas en su orígen, sino sirviendo de defensa á aquellos contra quien se hacen valer. Los modos de disolverse *ipsô jure* las obligaciones son: el pago, la aceptilacion, la novacion, el mútuo disentimiento, la pérdida de la cosa, la confusion y la concurrencia de dos causas lucrativas. Las causas por que pierden su eficacia *per exceptionem* ú *ope exceptionis*, son: la remision, el pacto *constitutum*, la compensacion, la prescripcion y la restitucion *in integrum*.

Tollitur autem omnis obligatio *solutione ejus, quod debetur*; vel si quis *consentiente creditore*, aliud pro aliô solverit. *Nec tamen interest, quis solvat*, utrùm ipse, qui debet, an alius pro eô: *liberatur* enim *et aliô solvente, sive sciente debitore, sive ignorante, vel invitô* solutio fiat. Itèm si reus solverit, etiam hi, *qui pro eô intervenerunt, liberantur* (*a*). Idem ex contrariô contingit, si fidejussor solverit: non enim solus ipse liberatur, sed etiam reus (*b*).

Toda obligacion se disuelve por el pago de lo que se debe, ó cuando el deudor con consentimiento del acreedor da una cosa por otra. No importa que sea el deudor, ú otro por él, quien haga el pago, porque queda libre pagando otro por él, bien lo sepa, bien lo ignore, y aunque sea contra su voluntad (*a*). Asimismo cuando el deudor paga, quedan libres todos los que intervinieron por él. Lo mismo recíprocamente acontece si el fiador paga; pues que no solamente él queda libre, sino tambien el deudor principal (*b*).

ORÍGENES.

(*b*) Conforme con Cayo. (§. 168, Com. III. de sus Inst.; y ley 53, tit. III, lib. XLVI del Digesto.)

(*b*) Conforme con Paulo. (Ley 65, tít. I, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Solutione.—De las cuatro significaciones que segun se ha dicho tiene la palabra *solutio*, la tercera es la que corresponde á este texto: quiere decir por lo tanto *la realizacion del hecho ó la entrega de la cosa, objetos de la obligacion*; y para tal caso traducimos la palabra *solutio* con la de *pago* ó *paga*. En este sentido se liberta de la obligacion el que restituye la cantidad que tomó en mútuo, el que devuelve la cosa que recibió en comodato ó en depósito, el que entrega la alhaja que vendió, el que pone á disposicion del inquilino la casa que dió en arrendamiento. Más si bien este párrafo comprende el cumplimiento de toda clase de obligaciones cuando se hace dentro de las condiciones y las leyes del contrato, aún se refiere más especialmente á aquellas cuyo objeto es que se trasfiera la propiedad de alguna cosa, lo que debe verificarse para que el pago se tenga por hecho legalmente, y quede por lo tanto el deudor libre de la obligacion.

Ejus, quod debetur. No puede pagarse una cosa por otra (1), ni prestarse un hecho por otro (2), sin que consienta en ello el acreedor. No se reputa que se dá una cosa por otra cuando la moneda que se devuelve es de diferente clase que la que se recibió, á no resultar de esto perjuicio para el acreedor (3). Hay, sin embargo, algunos casos en que la necesidad justifica el que se pague diversa cosa de aquella que se debe: así sucede cuando la cosa debida ha perecido habiendo incurrido en demora el deudor (4), ó cuando es agena y el dueño no quiere desprenderse de su propiedad, viéndose por lo tanto privado el deudor de entregarla en pago (5), ó cuando lo debido es parte de otra cosa que no admite division ó no puede dividirse sin graves perjuicios (6), y en otros casos análogos. Lo mismo, segun se ha indicado en otro lugar, sucede en las obligaciones de hacer, las cuales en caso de no prestarse el obligado á su cumplimiento, se resuelven en obligaciones de dar (7):

---

(1) §. 1, ley 2, tit. I, lib. XII del Dig.
(2) §. 6 de la ley 98, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 99 del mismo título y libro.
(4) Ley 8, tit. I, lib. XIII del Dig.
(5) §. 3, ley 71, lib. XXX del Dig.
(6) §. 2, ley 26 del mismo título y libro.
(7) En el comentario al §. 7, tit. XV de este mismo Libro.

y mas adelante se verá que en las causas noxales tiene lugar tambien el dar en pago una cosa por otra. La obligacion siempre debe ser cumplida en el tiempo convenido, y en el lugar señalado (1); y hacerse el pago en totalidad y no por parte, á no ser que convenga en ello el acreedor, *semèl et simùl*, segun la frase de los intérpretes, porque como dicen Pomponio (2) y Ulpiano (3), las obligaciones deben disolverse del modo que se han contraido. El célebre Alciato, sin fundamento bastante, trató de impugnar esta doctrina; pero á pesar de su autoridad ha prevalecido casi sin contradiccion el principio de que el pago debe hacerse íntegramente y no por partes, y que por lo tanto puede rehusar impunemente el acreedor el que de este último modo se le haga. Además de los lugares del Digesto que quedan citados, puédense presentar en apoyo de esta opinion otros, que aún mas directamente resuelven la dificultad. El pago por partes ocasiona frecuentemente perjuicios al acreedor, verdad reconocida por el derecho (4); y como nadie puede ser juez de los perjuicios que se siguen al acreedor mas que él mismo, es claro que á su pesar no puede ser compelido á recibir por partes, cuando ha llegado ya el dia del cumplimiento de la obligacion, lo que por entero se le debe: agrégase á esto que se halla declarado expresamente que el acreedor no puede ser compelido á recibir mas que en los términos en que se contrajo la obligacion (5). Cuando la deuda consiste en cierta cantidad de dinero que el deudor no encuentra, puede entregar en pago lo mejor que tenga, prévia tasacion judicial; á lo que se llama *dacion en pago, datio in solutionem, beneficium dationis in solutionem* (6).

La regla general de que la deuda debe ser satisfecha íntegramente, admite una escepcion respecto á las personas que gozan del beneficio de competencia. Como se ha visto en otro lugar, estas solo pueden ser condenadas *in quantum facere possunt*, esto es, de modo que no caigan en la indigencia, y que conserven lo que les es necesario para vivir con arreglo á su clase y posicion; beneficio que es personal á los deudores, y de consiguiente no puede ser alegado ni por los herederos (7), ni por los fiadores (8). Ocasion se presentará mas adelante de ampliar la doctrina relativa al beneficio de competencia.

(1) Título IV, lib. XIII del Dig.
(2) Ley 80, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 35, tit. XVII, lib. L del Dig.
(4) Ley 3, tit. II, lib. X del Dig.
(5) Ley 99, tit. IV, lib. XLVI del Dig.
(6) Leyes 16 y 17, tit. XLII: lib. VIII del Cód.; y cap. 3 de la nov. 4.
(7) Ley 25, tit. I, lib. XLII del Dig.
(8) §. 1. ley 63, tit. II, lib. XVII; y §. inicial, ley 24 del mismo título y libro.

Consentiente creditore.—Cuando el deudor satisface al acreedor que lo consiente una cosa por otra, queda libre de la obligacion (1), pues que la satisfaccion del acreedor se tiene por paga, como dice Ulpiano (2): *satisfactio pro solutione est.* Mas respecto á las obligaciones cuyo objeto es trasferir á otro el dominio de una cosa, en tanto deben reputarse extinguidas en cuanto la cosa dada por otra se ha hecho del que la recibió, de modo que no pueda quitársele; en otro caso queda subsistente la primitiva obligacion, aun cuando no se haya perdido por consecuencia de la eviccion mas que una parte de lo que se dió en pago (3). Esta doctrina es extensiva al caso de que la cosa así dada en pago estuviese entregada en prenda á otro; porque entonces podrá muy bien el acreedor pignoraticio conseguir que se la entreguen (4), y quedará privado de ella el que la recibió en pago. Segun Cayo (5) refiere, disputaban las antiguas escuelas de Sabinianos y Proculeyanos acerca de si cuando se pagaba con consentimiento del acreedor una cosa por otra, la obligacion quedaba extinguida *ipsô jure* ú *ope exceptionis.* Sostenian esto último los Proculeyanos, pero prevaleció la opinion de sus contrarios.

Nec interest, quis solvat.—Cuando uno paga con intencion de libertar de la obligacion al deudor, la obligacion queda disuelta del mismo modo que si hubiera pagado el obligado verdaderamente: fúndase esto en que el objeto de la obligacion se llena completamente, y en que nada importa al acreedor que sea el deudor ú otro el que le pague.

Liberatur et aliô solvente.—Extínguese en este caso *ipsô jure* la obligacion respecto al acreedor; si bien puede nacer otra obligacion contra el antiguo obligado y á favor del que paga.

Sive sciente debitore.—El deudor que dá órden á otro para que pague por él, verificado esto y extinguida la obligacion antigua, queda en virtud de la accion contraria de mandato obligado á satisfacer al mandatario lo que este hubiere satisfecho por consecuencia de la órden que recibió. Lo mismo sucede en el caso de que estando presente el deudor permite con su silencio que otro pague en su lugar, porque entonces se entiende que hay un mandato tácito.

Sive ignorante.—En este caso el que ha pagado sin conocimiento del deudor principal tendrá la accion *negotiorum gestorum.*

Vel invitô.—El que paga contra la voluntad del deudor, si bien

---

(1) Ley 17, tit. XLII, lib. VIII del Cód.
(2) Ley 52, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(3) Ley 46 del mismo título y libro.
(4) Ley 20 del mismo título y libro.
(5) §. 168. Com. III de sus Inst.

lo liberta de la obligacion, no tiene ningun recurso contra él, porque se considera que le ha querido hacer una donacion.

Puede preguntarse, si en el caso de que el deudor no sabe que otro paga por él, ó no quiere que lo haga, podrá ser compelido el acreedor á recibir el pago de la deuda. Como por regla general ningun perjuicio se sigue al acreedor de que sea otra persona y no el deudor quien le pague, parece que se halla en igual caso el estraño que quiere pagar, que el en que se encontraria el mismo deudor si fuera él quien lo hiciese. Este no podria compeler al acreedor á que recibiese el dinero, pero tendria el derecho de ofrecer el pago y consignarlo, lo cual equivaldria y produciria los mismos efectos que si el acreedor lo hubiese recibido: mas para esto es menester que haya dos actos, el del ofrecimiento del pago y el del depósito: el ofrecimiento debe ser de toda la cosa debida y en el tiempo y lugar convenidos: el depósito ha de hacerse con arreglo á lo que ordene la autoridad judicial, que es la que en tal caso suple la representacion del acreedor (1). Este modo de satisfacer la obligacion solo es aplicable á las que consisten en dinero; en las demás quedará libre el deudor, aunque abandone la cosa cuando el acreedor rehusa el pago y es causa por su tardanza de perder lo debido (2). Mas á pesar de todo lo expuesto, puede ocurrir que alguna vez tenga el acreedor un motivo justo para no recibir el pago del tercero que lo ofrece; entonces no deberá convertirse en daño suyo una recusacion que es legítima: así sucede con el dueño de una heredad dada en enfitéusis, si otro que no es el enfitéuta, sin contar con la voluntad de este, quiere satisfacer el cánon enfitéutico; porque semejante pago no seria un reconocimiento del dominio, como el de la persona que por la ley del contrato debia ejecutarlo; y por lo tanto en este caso, si se obligara al dueño á recibir el cánon, se le despojaria implícitamente de su derecho.

Qui pro eô intervenerunt, liberantur.—Disuelta la obligacion principal, estan tambien disueltas todas las accesorias; bajo las palabras *qui intervenerunt*, comprende el texto á los fiadores y á los que los romanos llamaban *mandatores*. Está fuera de toda duda que del mismo modo deben considerarse como terminadas las demás obligaciones accesorias, esto es, las de prenda y de hipoteca (3).

---

(1) §. inicial, ley 72; tit. III; lib. XLVI del Dig.: ley 19, tit. XXXII, lib. IV; y ley 9, tit. XLIII, lib. VIII del Cód.

(2) Ley 105, tit. I, lib. XLV: §. inic. de la ley 9; y §. inic. de la ley 72, tit. III, libro XLVI del Dig.

(3) Ley 43, tit. III, lib. XLVI del Dig.

1 Itèm *per acceptilationem* tollitur obligatio. Est autem acceptilatio *imaginaria solutio*. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id, si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere, QUOD EGO TIBI PROMISI, HABES NE ACCEPTUM? (*a*). Et Titius respondeat, HABEO; sed et Græcè potest aceptum fieri, dummodò sic fiat, ut Latinis verbis solet: Εχεις λαβων δηνὰρια τὸσα; Εχω λαβὼν (*b*). Quo genere (ut diximus) tantùm hæ obligationes solvuntur, quæ *ex verbis consistunt*, *non etiam ceteræ*: consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi; sed id, quod ex aliâ causâ debetur, *potest in stipulationem deduci*, et per acceptilationem dissolvi (*c*). Sicut autem, quod debetur, *pro parte rectè solvitur*, ità *in partem debiti acceptilatio fieri potest* (*d*).

La obligacion se disuelve tambien por la acceptilacion. La acceptilacion es un pago imaginario. En efecto, si Ticio quiere perdonar lo que otro le debe por una obligacion verbal, puede hacerlo consintiendo en que su deudor le interrogue en estos términos: ¿TIENES POR RECIBIDO LO QUE TE PROMETÍ? Y responda él: LO TENGO POR RECIBIDO (*a*). Puede tambien hacerse la estipulacion en griego, con tal que sea en términos del mismo sentido que las frases latinas que al afecto se empleen: Εχεις λαβων δηνὰρια τὸσα; Εχω λαβὼν (*b*). Por este medio (como hemos dicho) solo pueden disolverse las obligaciones verbales, pero no otras; porque ha parecido racional que una obligacion contraida con palabras pueda tambien deshacerse con palabras. Lo que se debe por otra causa puede reducirse á la fórmula de la estipulacion y disolverse por la acceptilacion (*c*). Del mismo modo que puede extinguirse una parte de la deuda por el pago parcial, así tambien puede la acceptilacion extinguir en parte una obligacion verbal (*d*). 1

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 169, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. (§. 4, ley 8. tit. IV, lib. XLVI del Dig.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 170, Com. III de sus Inst.)
(*d*) Conforme con Paulo. (Ley 9, tit. IV, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Per acceptilationem.—Modestino (1) define la acceptilacion con estas palabras: *Liberatio per mutuam interrogationem, quâ utriusque contingit ab eôdem nexu absolutio*, definicion que carece de exactitud, porque ni es pregunta mútua la que se hacen los que por este medio disuelven una obligacion, sinó que uno pregunta y el otro contesta, ni los dos se libertan de la obligacion, sino solo el que debe; por esto es que los intérpretes han tratado de formar

(1) Ley 1, tit. IV lib. XLVI del Dig.

otra que sirviera mejor para explicar la idea. Puede adoptarse la siguiente: *un modo de disolver las obligaciones verbales, en que dá el acreedor por recibido lo mismo que se le debe*. La palabra *acceptilatio* trae su orígen de las frases *acceptum ferre* (1), *acceptum facere* (2), *acceptum habere* (3), que equivalen á la de *dar por recibido*, que es la usada entre nosotros.

Imaginaria solutio—En la acceptilacion nada se paga en realidad, porque en ella se limita uno á decir que dá por recibido lo que otro le debe: así es que aunque disuelve la obligacion, y bajo este punto de vista es un remedo del pago, realmente no es pago; y hé aquí por qué la cuadran bien las palabras del texto *imaginaria solutio*. Mas esta comparacion se limitaba á los efectos de disolver la obligacion, no á la facultad de hacerlo: en efecto, para disolver la obligacion pagando lo que se debia, no era necesario que fuera precisamente el que recibia el acreedor, sino que bastaba que otro lo hiciera con autorizacion suya (4); ni que el deudor mismo pagara, pudiéndolo hacer otro por él, y lo que es más, aun ignorándolo, ó contra su voluntad; no sucedia así en la acceptilacion, que como acto legítimo rechazaba toda clase de representacion (5).

Quæ ex verbis consistunt, non etiam ceteræ.—La acceptilacion es un modo peculiar de disolver las obligaciones verbales; por ella quedan libres *ipsô jure* los deudores: esto se funda, como dice el texto, en que es natural que las cosas se disuelvan del mismo modo que se contraen, y por lo tanto así como el contrato verbal requiere para su celebracion que haya una pregunta y una respuesta congruentes, así tambien es necesario que haya una pregunta y una respuesta concordantes para que se disuelva por la acceptilacion.

Potest in stipulationem deduci.—La acceptilacion, como queda dicho, solo producia el efecto de disolver *ipsô jure* los contratos verbales. La jurisprudencia, sin embargo, en el caso que interviniese en otra clase de obligaciones, le daba la fuerza del pacto de no pedir (6), y de consiguiente la de libertar de la obligacion *ope exceptionis*. Pero se fué más adelante, buscando un medio en virtud del cual la acceptilacion sirviera para extinguir toda clase de obligaciones: á este efecto se trasformaba la obligacion que se trataba de

---

(1) §. 1, de la ley 13, tít. VI, lib. XLVI del Dig.
(2) Ley 7, del mismo título y libro.
(3) Ley 6, del mismo título y libro.
(4) §. inicial de la ley 12, tít. III, lib. XLVI del Dig.
(5) Leyes 77 y 123, tít. XVIII, lib. L del Dig.
(6) §. 9, ley 27, tít. XVI, lib. II; ley 5, tít. V, lib. XVIII; y ley 8, tít. IV, lib. XLVI del Dig.

extinguir, en una estipulacion, para que asi la acceptilacion la disolviera *ipsô jure*: toda obligacion podia ser trasformada de esta manera por medio de una novacion, modo de extinguir la obligacion antigua reemplazándola con una nueva, como se explicará más adelante en este mismo título.

Pro parte rectè solvitur.—Entiéndese esto cuando el acreedor consiente, en los términos que he manifestado en el comentario al párrafo anterior.

In parte debiti acceptilatio fieri potest.—Como la acceptilacion requiere siempre la voluntad del acreedor, no hay ningun obstáculo para que pueda hacerse solo en parte de la deuda.

2 Est prodita stipulatio, quæ vulgò Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, et ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes (*a*), et à *Galló Aquiliô ità composita est:* «Quicquid te mihi *ex quâcumque* »*causâ* dare facere *oportet, opor*»*tebit, præsens in diemve*, quarum»que rerum mihi tecum *actio* quæ»que abs te *petitio* vel adversus te »*persecutio* est, erit, quodve tu »meum *habes, tenes, possides, pos*»*sedisti, dolôve malô fecisti, quo*»*minùs possideas*: quanti quæque »earum rerum res erit, tantam pe»cuniam dari stipulatus est Aulus »Agerius, spopondit Numerius Ne»gidius. Itèm ex diversô Numerius »Negidius interrogavit Aulum Age»rium: Quicquid tibi hodiernô die »per aquilianam stipulationem spo»pondi, id omne habesne acceptum? »respondit Aulus Agerius: habeo, »acceptumque tuli (*b*).

Hay una estipulacion que se llama comunmente Aquiliana, por medio de la cual toda clase de obligaciones se reviste de la forma de la estipulacion, y así la acceptilacion puede disolverla. La estipulacion Aquiliana produce una novacion en todas las obligaciones (*a*); su autor Galo Aquilio la redactó en estos términos: «Todo lo que tú por cual»quier causa debes ó debas darme »ó hacer para mí, ahora ó á cier»to dia, cualquier cosa en virtud »de la que yo puedo tener contra »tí accion, peticion ó persecucion, »todo lo que me corresponda de lo »que tú tienes, detentas ó posees, ó »has dejado de poseer por dolo, »cuanto valga cada una de estas »cosas, otro tanto ha estipulado »Aulo Agerio que le fuera dado en »dinero, y Numerio Negidio lo ha »prometido. Asimismo á su vez Nu»merio Negidio preguntó á Aulo »Agerio: ¿das por recibido todo lo »que hoy te he prometido por la es»tipulacion aquiliana? Respondió »Aulo agerio: lo tengo y doy por »recibido (*b*). 2

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 4, tit. XV, lib. II, del Dig.)
(*b*) Tomado de Florentino. §. 1, ley 18, tit. IV, lib. XLVI del Dig.)

Comentario.

Gallô Aquiliô.—No es la primera vez en que se hace mencion de Galo Aquilio en esta obra; anteriormente (1) se ha visto que el mismo jurisconsulto inventó una fórmula para hacer posible la institucion de los póstumos *suyos*. Este Galo Aquilio fué discípulo de Mucio, maestro de Servio Sulpicio y colega de Ciceron en la Pretura: llegó á obtener una gran reputacion entre los jurisconsultos de su época, é inventó diferentes fórmulas para mitigar el rigor del derecho civil y para llegar á resultados prácticos interesantes.

Ita composita est.—El objeto de la fórmula de la estipulacion Aquiliana era, sustituir á todas las obligaciones que podia haber contra el deudor, otra que fuera resultado de un contrato verbal. Aunque del tenor de este texto parece inferirse que semejante estipulacion no podia servir mas que como medio para pasar á una acceptilacion, hay sin embargo diferentes lugares en el derecho (2), que persuaden que se empleaba tambien para hacer una novacion verdadera, sustituyendo obligacion verbal, con su correspondiente accion *ex stipulatu*, á otras obligaciones que existian antes. La fórmula que al efecto inventó Galo Aquilio es una muestra de la prevision de este jurisconsulto, porque en ella vienen á comprenderse todos los derechos posibles entre los contrayentes.

Ex quâqumque causâ.—Esta expresion genérica por sí sola bastaria para poder reducir á la estipulacion Aquiliana toda clase de obligaciones, aunque en las fórmulas que vienen despues no se comprendieran algunas.

Oportet, oportebit.—Es decir, que no solo las obligaciones presentes, sino tambien las futuras, pueden ser comprendidas en la estipulacion Aquiliana.

Præsens in diemve.—Algunas ediciones de las Instituciones añaden *aut sub conditione*, para comprender todas las diferentes modificaciones de los contratos: creo, sin embargo, que dejando el texto del modo que lo ponen los jurisconsultos, á quienes sigo, está fuera de duda que una obligacion condicional puede ser tambien objeto de la estipulacion Aquiliana.

Actio, petitio, persecutio.—Estas tres palabras, puestas en contraposicion como lo están en el texto, hacen relacion, la primera á las aciones *in personam*, es decir, á aquellas que dimanan de una obligacion; la segunda á las acciones reales; la tercera á los recursos extraordinarios.

---

(1) Comentario al §. 1 tit. XIII, lib. II de esta obra.

(2) Ley 2: §. 2 de la ley 9. ley 15, tit XV, lib. II del Dig.; y ley 3, tit. IV, lib II del Código.

Habes, tenes, possides.—La palabra *habes* se refiere á la reivindicacion que puede entablar el dueño de la cosa contra aquel que la tiene en su poder; *tenes* á la ocupacion material, á la detencion fisica de la cosa; *possides* á la posesion civil. Conviene para la completa inteligencia de esto hacer una observacion: por regla general solo pueden ser objeto de novacion las obligaciones, ó lo que es lo mismo, los derechos *ad rem*; sin embargo, la fórmula Aquiliana que se contiene en el texto, manifiesta claramente que el derecho mismo de propiedad puede ser trasformado en una obligacion verbal que se disuelva por medio de la acceptilacion. Si esto se entendiera de una manera absoluta, habria una contradiccion difícil de explicar; pero no es así como debe comprenderse el texto, sino solo refiriéndolo á las acciones reales que vienen á parar en una condenacion pecuniaria, lo cual sucede cuando es imposible la restitucion del objeto litigioso, ó cuando, siendo posible y no queriendo el poseedor hacerla, conviene el dueño en recibir el valor de la cosa reivindicada: en estos casos el derecho *en* la cosa viene á resolverse en una obligacion capaz de ser novada.

Possedisti, dolôve malô fecisti, quominùs possideas.—Estas palabras fueron añadidas á la fórmula Aquiliana para consignar la obligacion del que ha dejado de poseer dolosamente con objeto de perjudicar á su contrario.

3 Prætereà *novatione* tollitur obligatio. Veluti si id, quod tu Seio debeas, à Titiò dari stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem, adeò ut interdùm, licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur. Veluti si id, quod tu Titio debebas, à *pupillô sine tutoris auctoritate* stipulatus fuerit, quò casu res amittitur: nam et prior debitor liberatur, et *posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servô* quis stipulatus fuerit: nam tunc prior proindè obligatus manet, acsi posteà nullus stipulatus fuisset (*a*). Sed *si eadem persona sit, à quâ posteà stipuleris*, ità demùm novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, fortè si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur, aut detraha-

Además la obligacion se extingue por la novacion: por ejemplo, si lo que tú debes á Seyo éste lo estipula de Ticio; porque en virtud de la intervencion de una persona nueva nace una nueva obligacion, y se estingue la primera, siendo reemplazada por la última, de tal modo, que puede suceder, que, aun cuando la estipulacion posterior sea nula, la primera cese por efecto de la novacion. Así sucede, si lo que tú debes á Ticio es estipulado de un pupilo sin que intervenga la autoridad de su tutor; en tal caso se pierde el derecho, porque el primer deudor queda libre, y es nula la obligacion posterior. No sucede lo mismo cuando alguno estipula con un esclavo; porque entonces el primer deudor queda obligado como si despues no hubiera habido otro estipulante (*a*). Pero si es el mismo deudor la per- 3

tur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ità dicamus factam novationem, si conditio extiterit; alioquìn, si defecerit, durat prior obligatio (*b*). Sed cum hoc quidèm inter veteres constabat, tùnc fieri novationem, cùm novandi animô in secundam obligationem itum fuerat; per hoc autem *dubium erat, quando novandi animô videretur* hoc *fieri*, et quasdam de hoc præsumptiones alii in aliis casibus introducebant (*c*): ideò nostra processit constitutio, quæ apertissimè definivit, tunc solùm fieri novationem, quotièns hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt; alioquìn manere et pristinam obligationem, et secundam ei accedere, ut maneat ex utrâque causâ obligatio secundùm nostræ constitutionis definitiones, quas licét ex ipsius lectione apertiùs cognoscere (*d*).

sona con quien la segunda estipulacion se celebra, solo habrá novacion cuando en la estipulacion última haya alguna cosa nueva, por ejemplo, si se añade ó se quita una condicion, día, ó fiador. Lo que hemos dicho respecto á que hay novacion en el caso de que se añada una condicion, debe entenderse en el sentido de que la novacion tendrá lugar si la condicion se cumple; mas si no se cumple, dura la obligacion primera (*b*). Pero como entre los antiguos era constante que la novacion tenia lugar solo cuando la segunda obligacion se habia hecho con intencion de novar, se suscitaban dudas acerca de cuándo existia semejante ánimo, introduciéndose diferentes presunciones segun la diferencia de los casos (*c*). Por esto hemos dado una constitucion, en la cual se dice del modo mas claro que solo habrá novacion en los casos en que los contrayentes declaren expresamente, que han contraido para novar la obligacion primera; no siendo así, subsistirá la antigua obligacion, y la segunda vendrá á ser una accesion suya, de modo que habrá dos obligaciones en los términos que previene nuestra constitucion, la cual puede ser conocida mas ámpliamente por su lectura (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 176, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§§. 177 y 179, Com. III de sus Inst.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§§. 1, 2, 3 y 5, tít. II, lib. XLVI del Dig.)
(*d*) La constitucion á que aquí alude es la ley 8, tít. XLI, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Novatione.—Ulpiano presenta la etimología del vocablo *novatio* en estas palabras: *novatio à novô nomen accepit et à novâ obligatio-*

ne (1). Este mismo jurisconsulto dice que *novacion* es *la trasformacion de una obligacion en otra;* y añade, que esto acontece cuando de una causa precedente se forma una obligacion, supriméndose la primera. Dos clases de novaciones reconoce el derecho; *voluntarias* unas, *necesarias* las otras. Hablaré de ellas con separacion, presentando bajo un solo punto de vista el conjunto de principios y doctrinas que á esta materia se refieren sin perjuicio de descender despues á la explicacion de las palabras del texto que la requieran.

La novacion voluntaria es la que se hace por mera voluntad de las partes. Tiene lugar en toda clase de obligaciones, bien provengan de contratos, de cuasi-contratos, de delitos ó de cuasi-delitos; bien sean naturales, civiles ó pretorias; bien reales, verbales, literales ó consensuales (2); y por esto dice Ulpiano (3): *Omnes res transire in novationem possunt.* La novacion podia hacerse por medio de la estipulacion ó por el antiguo contrato *litteris*; pero no existiendo ya esta clase de obligacion en tiempo de Justiniano, queda plenamente justificado que en el cuerpo del derecho se encuentre la estipulacion como único contrato apto para hacer las novaciones.

En toda novacion voluntaria deben concurrir como indispensables estas cuatro circunstancias: 1.ª una obligacion válida y preexistente; 2.ª la voluntad de las partes expresada en un contrato verbal; 3.ª la intencion de reemplazar el antiguo vínculo con otro; 4.ª una obligacion nueva y válida.

La preexistencia de una obligacion antigua es tan indispensable, que sin ella careceria de materia la novacion. Por esto no es capaz de novacion aquella obligacion que, ó no tiene existencia, ó tiene una existencia eventual, y por esto cuando se nova una obligacion condicional, la novacion depende del cumplimiento de la condicion, y si la obligacion es pura y simple y la novacion condicional, no se extinguirá la primera obligacion hasta que se cumpla la condicion puesta en la novacion, doctrina que en el presente texto establece Justiniano. No fué este el sentir de Servio Sulpicio, que creia segun refiere Cayo (4), que la primera obligacion se extinguia por la novacion condicional, lo que en último resultado venia á dar la consideracion de aleatoria á la novacion: la opinion contraria, sin embargo, prevaleció como dice el mismo Cayo (5) y confirma Justiniano en el Digesto, aceptando dos fragmentos de Ulpiano en que expresamente se esta-

---

(1) §. inicial, ley 1, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 1. ley 1 del mismo titulo y libro.
(3) Ley 2, del mismo titulo y libro.
(4) §. 179, Com. III de sus Inst.
(5) Dicho §. 179.

blece la misma doctrina (1). Pero si el acreedor que convino en la novacion condicional quisiere entablar demanda en virtud de la obligacion primitiva, podrá ser removido por la escepcion de dolo ó por la de pacto; porque, como añade el mismo Cayo, (2), parece que existe un convenio de que solo se pida lo debido en el caso de que llegue á existir la condicion de la estipulacion posterior. Mas si uno estipulase con un tercero bajo condicion lo que otro le debia puramente, la deuda antigua quedará modificada, y subordinada á la condicion de la novacion; y por lo tanto si se entablase demanda en virtud de la obligacion antigua sin esperarse al éxito de la condicion, bastará alegar que aún no existe una obligacion verdadera (3).

El segundo requisito para la novacion es, segun se ha dicho, la expresion de la voluntad de las partes revestida de las formas del contrato verbal. Deben manifestar este consentimiento el acreedor, que se presta á trasformar la antigua obligacion en la nueva, y el que en ésta se constituye responsable al pago, bien sea el primitivo deudor, ú otro que venga á reemplazarlo. En el ultimo caso no es necesario el consentimiento del deudor antiguo: doctrina consiguiente á la expresada anteriormente, de que uno puede pagar sin que lo sepa el deudor y aun contra su voluntad.

La intencion de novar, tercer requisito de este modo de disolver la obligacion, debe ser clara, como dice Justiniano en el texto, refiriéndose á una constitucion que cito en los orígenes: constitucion en que se propuso resolver las dificultades que antes en el particular se suscitaban. Los esfuerzos del Emperador no fueron tan felices como él sin duda deseaba; y prueba de ello es, que se han renovado por los comentadores las mismas dudas agitadas entre los antiguos jurisconsultos, suponiendo unos que es necesario que se exprese clara y terminantemente en todos los casos la intencion de novar, y sosteniendo otros que esto es indispensable solo cuando sea dudosa la voluntad de los contrayentes: la primera de estas dos opiniones me parece mas conforme á la letra y al espíritu del texto, y de la constitucion á que se refiere. Si el acreedor y el deudor estipulasen sin ánimo y expresion de novar, no habria una sola sino dos obligaciones (4): mas si fuese una tercera persona la que hiciese la estipulacion con el acreedor, la primera obligacion quedaria subsistente, y la segunda seria una fianza que vendria á dar fuerza accesoria á la obligacion primitiva, pero dejándola intacta.

(1) §: 1, ley 8; y §. inicial, ley 14, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(2) En el mismo § citado.
(3) Ley 36, tit. 1. y §. 1, ley 60, tit. VI, lib. XII del Dig.
(4) Ley 2: §§. 2 y 5, ley 8: ley 28, tit. II, lib. XLVI del Dig.: y ley 8, tit. XLI, libro VIII del Cód.

El último requisito de los que he enumerado antes como indispensables para la novacion, es que haya una obligacion nueva y válida que reemplace á la antigua; mas no se entiende por esto que en el caso de que la obligacion nueva sea inútil, la antigua queda subsistente, y que el acreedor en virtud de ella conserva una accion eficaz: lo contrario abiertamente dice el texto que comento, en las palabras *adeò ut interdùm, licèt posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollitur.* Sin embargo, para que la novacion deje sin efecto á la primera obligacion es necesario que la segunda estipulacion no sea nula por su forma, porque entonces ni aún podria llamarse estipulacion, y por otra parte que produzca algun efecto, ya que no civil, natural al menos (1), pues de otro modo, faltando obligacion que reemplazase á la antigua, no pódria decirse que habia novacion.

La novacion necesaria es la que se induce por la contestacion á la demanda ó por la sentencia del juez: no es ahora oportuno entrar en el exámen de las diferencias que habia antiguamente en sus efectos con arreglo á la diferente clase de juicios; baste indicar que el jurisconsulto Cayo hace separacion entre los juicios denominados *legítimos, judicia legitima*, y los demás juicios, á los que se señalaba con el nombre de *judicia imperiò continentia* (2), dando la primera denominacion á los que tenian lugar en Roma ó en el rádio de una milla delante de un juez romano y entre ciudadanos romanos (3), y la segunda á los que se celebraban fuera de Roma ó del rádio de una milla, ó en Roma delante de un juez peregrino, ó siendo peregrino uno de los litigantes (4). Partiendo de esta distincion, pone aquel jurisconsulto en sus Instituciones dos párrafos, por los que se viene en conocimiento perfecto de lo que acerca de la novacion necesaria estaba en vigor en su época, y que traduciré por lo interesantes que son. «*La obligacion se disuelve por la contestacion á la demanda, si esta se ha entablado en juicio legítimo, porque entonces la obligacion principal se disuelve y empieza el reo á estar obligado por la contestacion á la demanda; pero si fuere condenado, queda tambien disuelta la obligacion que contrajo por la contestacion á la demanda, comenzando otra nueva por razon de la cosa juzgada: esto es lo que los antiguos quisieron significar cuando escribieron que el deudor antes de la contestacion á la demanda debia dar, que despues de ella debia ser condenado, y que despues*

(1) §. 1, ley 1, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 103, Com. IV de sus Inst.
(3) §. 104 del mismo Comentario,
(4) §. 105 del mismo Comentario.

de la condena debia cumplir con lo juzgado, ANTE LITEM CONTESTATAM DARE DEBITOREM OPORTERE, POST LITEM CONTESTATAM CONDEMNARI OPORTERE, POST CONDEMNATIONEM JUDICATUM FACERE OPORTERE (1)» «*de aquí dimana*, añade el mismo jurisconsulto, *que si pidiere yo una deuda en juicio legítimo, no pueda despues entablar accion acerca de ella, porque en vano pretenderia que debia dárseme, pues que esto cesó por la contestacion á la demanda*, QUI INUTILITER INTENDO DARE MIHI OPORTERE, QUIA LITIS CONTESTATIONE DARI OPORTERE DESIT; *otra cosa sucederia si entablase la demanda en uno de los juicios llamados* CONTINENTIA IMPERIO, *porque entonces dura la obligacion, y por lo tanto puedo entablar una nueva accion acerca de lo mismo, si bien deberé ser rechazado ó por la escepcion de cosa juzgada ó por la de cosa deducida en juicio*, PER EXCEPTIONEM REI JUDICATÆ VEL IN JUDICIUM DEDUCTÆ (2)». Esta misma doctrina está repetida por el referido jurisconsulto en otro lugar de sus célebres Instituciones (3), Vése, pues, que en el proceso habia dos novaciones, y por lo tanto tres obligaciones: la primera obligacion novada por la segunda, que tenia lugar en virtud de la contestacion á la demanda, y la segunda obligacion novada por la tercera, que tomaba su orígen de la sentencia: vése igualmente que la *litis contestacion* y la *cosa juzgada* causaban la novacion *ipsô jure* en los juicios legítimos; y en los demás, llamados *judicia imperiô continentia* la producian *ope exceptionis.* Mudada la silla del Imperio á Constantinopla, empezaron á perder su importancia estas diferencias, pues casi todos los juicios fueron de los que llamaban *judicia imperio continentia*, y quedaron completamente borradas cuando los magistrados por sí mismos juzgaron los negocios. Por esto en tiempo de Justiniano la contestacion á la demanda y la cosa juzgada producian la novacion, no *ipsô jure* sino *ope exceptionis.* El jurisconsulto Paulo (4) hace notar una diferencia entre la novacion voluntaria y la necesaria; á saber, que por esta última no se estinguen los privilegios, las prendas ó hipotecas que tenia á su favor el antiguo crédito, *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.*

A pupillô sine tutoris auctoritate.—En otro lugar (5) se ha manifestado que el pupilo no puede obligarse válidamente por derecho civil sin la autoridad del tutor, á no ser en cuanto haga mejor su condicion. Pero cuando ha llegado á una edad en que ya sabe lo que se hace, si bien no queda obligado con un vínculo civil, lo

---

(1) §. 180, Com. III de sus Inst.
(2) §. 181, del mismo Comentario.
(3) §§. 106 y 107, Com. IV.
(4) Ley 29, tit. II, lib. XLVI; y leyes 86 y 87, tit. XVII, lib. L del Dig.
(5) Al comentar el §. inicial, tit. XXI, lib. I, de estas Inst.

está al menos naturalmente; de lo cual es consecuencia que si promete sin la autoridad del tutor lo que otro debe, con ánimo de novar la primera obligacion, esta desaparece quedando en su lugar la última, aunque sin producir accion alguna: en efecto, basta para que la novacion tenga lugar que haya otra obligacion, aunque sea meramente natural (1); de modo que en este caso la primitiva obligacion habrá desaparecido del todo, y la segunda carecerá de efectos civiles, á lo que alude Paulo (2) cuando dice que el pupilo sin autoridad del tutor no puede novar.

Posterior obligatio nulla est.—Llama aquí el Emperador *nula* á esta obligacion porque no dá derecho á entablar accion alguna, y porque ni aun los efectos que la obligacion natural por regla general produce pueden ser perjudiciales al pupilo; pero verdaderamente existe una obligacion natural.

Non idem juris est, si à servô.—Cuando es un esclavo el que promete, en realidad no existe estipulacion ni aun en la forma, porque, como dice Teófilo en su *Paráfrasis*, no hay persona que prometa: en efecto, el esclavo no tiene capacidad jurídica que le sea personal, ni puede representar á su dueño en una estipulacion con carácter de promitente, y lo que es mas aún, en el caso de que prometa por órden de su señor, solamente por el derecho pretorio se sostiene la promesa. Siendo, pues, inhábil para prometer, es claro que no puede novar una obligacion, porque, como queda dicho, la estipulacion es el contrato por medio del cual se hacen las novaciones

Si eadem persona sit à quâ postea stipuleris.—De varios modos puede hacerse la novacion, á saber:

1.° Permaneciendo los mismos acreedor y deudor: asi sucede cuando la obligacion nueva tiene por objeto diferente cosa que la antigua (3), ó cuando se dá una nueva causa á la obligacion; ó cuando se modifican las cláusulas del contrato respecto al tiempo, al lugar, á las condiciones, á las garantías ú á otras circunstancias que alteren la obligacion primitiva.

2.° Permaneciendo el mismo acreedor, pero reemplazando otro deudor al antiguo: lo cual puede verificarse de dos modos. Es el uno, cuando sin intervenir el deudor antiguo hacen la novacion el acreedor y el nuevo deudor, en cuyo caso la novacion se llama *expromissio*, y el nuevo deudor *expromissor*, el cual toma sobre sí la obligacion dejando libre al anteriormente obligado (4). Como la expro-

---

(1) §§. inicial y 1, ley 1, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(2) §. 1, ley 20 del mismo título y libro.
(3) Ley 58, tit. I, lib. XLV; y §, 1, ley 9, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(4) §. 5, ley 8 del mismo título y libro.

mision es una especie de intercesion, está comprendido en la prohibicion que tienen las mujeres de obligarse por otros. Es el segundo por la trasmision que el deudor antiguo hace de la deuda á otro nuevo deudor con aceptacion del acreedor. Esta novacion que exige la concurrencia de las tres voluntades, se llama *delegacion*. (1).

3.° Permaneciendo el mismo deudor y cambiándose el acreedor. Esta novacion se hace trasmitiendo el acreedor su derecho á otro y reconociéndolo el deudor. Llámanse tambien *delegacion*, y se diferencia de la cesion de acciones en que esta no contiene novacion, ni el deudor se liberta del acreedor antiguo, como sucede en la *delegacion* (2).

Dubium erat quando novandi animô videretur fieri.—Las cuestiones que respecto á este punto dividian á los antiguos no versaban acerca del ánimo de novar, circunstancia que todos exigian, sino acerca del modo de probar la intencion.

4 Hoc ampliùs: hæ obligationes, *quæ consensu contrahuntur*, *contrariâ voluntatę* dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deindè, *re nondùm secutâ*, id est neque pretiô solutô, neque fundô traditô, placuerit inter eos, ut discederetur ab eâ emptione et venditione: invicèm liberantur. Idem est et in conductione et locatione et in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.

Además, las obligaciones que se contraen por solo el consentimiento, se disuelven por voluntad contraria. Así es que si Ticio y Seyo convinieren en que este comprase á aquel el fundo Tusculano en cien áureos, y despues, antes que el contrato tuviera ejecucion, esto es, antes de pagar el precio ó de entregar la heredad, convinieran en separarse de la compra-venta, ambos quedarán libres: lo mismo sucede en la locacion-conduccion y en los demás contratos que se forman solo por el consentimiento. 4

ORÍGENES.

Conforme con Pomponio. (Ley 80, tit. III, lib. LVI del Dig.

Comentario.

Quæ consensu contrahuntur.—Limítase este párrafo á los contratos consensuales, y la doctrina que contiene es consiguiente á la que expuso antes el Emperador al tratar de la acceptilacion: nada en efecto es mas natural que el que las obligaciones se disuelvan del mismo modo que se contraen (3). Las obligaciones naturales se disuelven tambien *ipsô jure* por comun acuerdo de los interesados,

---

(1) Leyes 11 y 17, tit. II, lib. XVI del Dig.; y leyes 1 y 6, tit. XXIII, lib. VIII del Cód.
(2) Ley 2, tit. X, lib. IV; y ley 3, tit. XLI, lib. VIII del Cód.
(3) Ley 80, tit. III, lib. XLVI; y leyes 35 y 153, tit. XVII, lib. L del Dig.

justô pactô, como dice Papiniano (1), porque aunque pueden provenir de otras causas que del consentimiento, solo se sostienen por el vínculo de la equidad, el cual queda disuelto por la equidad de una convencion contraria, *quod vinculum æquitatis, quô solô sustinebatur, conventione æquitatis dissolvitur.*

Contrariâ voluntate.—Requiérese el consentimiento de ambas partes para que el contrato consensual se tenga por disuelto (2): la voluntad de una sola de ellas no basta para disolver la obligacion (3). Debe tenerse presente que de esta regla se esceptúan la sociedad y el mandato, que como en sus respectivos lugares se ha visto pueden disolverse solo por la voluntad de uno de los contrayentes.

Re nondùm secutâ.—Todos los textos romanos, ó bien con la expresion que aquí se usa (4), ó bien con las de *re integrâ* (5), *integris omnibus* (6), ó con otras semejantes, suponen que para que el contrato se disuelva por el mútuo disentimiento es menester que no haya comenzado á tener ejecucion. Fúndase esto en que el mútuo disenso solo puede destruir el consentimiento dado: más si por consecuencia de él se ha realizado ya un acto, hay alguna cosa además que destruir, á saber, un hecho á que las leyes dan fuerza y eficacia. Así, valiéndome del ejemplo del texto, Ticio y Seyo pudieron muy bien disolver la compra-venta del fundo Tusculano antes de entregar uno la heredad y de pagar otro el precio: lo mismo sucederia en el caso de que habiéndose vendido puramente la heredad, Ticio la hubiera entregado á Seyo y aun no hubiera este verificado el pago, porque realmente no se habia dado la propiedad sino bajo la condicion de pagar el precio, y de consiguiente no se habia traspasado aun el dominio. Pero si habiendo Ticio vendido la heredad á término, la hubiese entregado ya á Seyo, no cabe duda en que Seyo es el propietario: en este caso hay un hecho realizado, que no puede ser destruido por solo la voluntad contraria: es necesario, pues, que Seyo dé á Ticio la heredad que le entregó, y entonces habrá una nueva venta y no la disolucion de la venta primitiva.

He concluido la explicacion de los textos del Emperador respecto á los modos de disolverse las obligaciones. Paso ahora á tratar de otros modos omitidos por él, en virtud de los cualestambien *ipsô jure* se disuelven: modos de que he hecho indicacion al principio de este título.

---

(1) §. 4, ley 95 tit. III, lib. XLVI del Dig.
(2) Ley 1, tit. XLV, lib. IV del Cód.
(3) Ley, 5, tit. X, y ley 3, tit. XLIV, lib. IV del Cód.
(4) Ley 3, tit. V, lib. XVIII del Dig.
(5) Ley 1, tit. XLV, lib. IV del Cód.; y §. 9, tit. XXVI, lib. III de estas Inst.
(6) Ley 57, tit. XIV, lib. II; y §. inicial, ley 72, tit. I, lib. XVIII del Dig.

Pérdida de la cosa.—Cuando la obligacion tiene por objeto una cosa determinada individualmente, queda libre el deudor si la cosa perece por caso fortuito ó por una especificacion que destruya la propiedad, debiendo por lo tanto responder de su valor solo en el caso de que haya habido por su parte culpa ó haya incurrido en demora, lo que se funda en que el que es deudor de especie se liberta cuando esta perece (1): doctrina no aplicable á las deudas que consisten en género ó en cantidad (2), porque el género y la cantidad nunca perecen. Cuando la deuda es alternativa entre cosas ciertas y determinadas, si perecen por caso fortuito todos los objetos comprendidos en la obligacion alternativa, el deudor queda libre (3); mas si solamente perece una de las cosas, la obligacion subsiste respecto de la otra (4). Cuando han perecido las cosas debidas alternativamente por culpa ó demora de las partes, hay que distinguir si ha sido por la del deudor ó por la del acreedor. Si lo primero, debe el deudor indemnizar al acreedor con relacion al interés que tenia este de conseguir una ú otra, á su eleccion ó la del deudor, segun á uno ó á otro correspondiera: pero si solo ha perecido una de las cosas, el acreedor cuando la eleccion perteneciera á él, podrá pedir la que subsistiese ó el valor de la que pereció; mas cuando la eleccion fuera del deudor solamente podrá reclamar la cosa que subsista: si las dos cosas ó una sola han perecido por culpa del acreedor, queda del todo libre el deudor (5).

Confusion.—Cuando se reunen en una misma persona los dos conceptos de deudor y de acreedor, se extingue la deuda, por la imposibilidad de que uno entable una accion contra sí mismo. En todos los casos en que no existe esta imposibilidad, la deuda queda subsistente: por esto, si hubiere varios co-acreedores de la misma obligacion y uno solo sucediere al deudor, la obligacion subsistirá respecto de los demás, á no ser que fueran socios; y por el contrario, si fueren muchos los co-deudores y el acreedor sucediere á uno de ellos, este podrá dirigir su accion por el todo contra los demás co-reos (6). Cuando un deudor sucede á otro deudor, puede decirse que la sucesion en nada cambia la posicion particular en que se hallaba, porque no puede ser demandado masque una vez: esto se entiende en el caso de que las dos obligaciones sean principales, porque si lo es solamente una y la otra es de fianza, esta quedará extinguida, á no ser que

(1) Ley 20, tit. I, lib. XIII: §. 1, ley 14, tit. III, lib. XVI: §. 2, ley 13, tit. V, lib. XVIII, y ley 23, tit. I, lib. XLV del Dig.
(2) Ley 11, tit. II, lib. IV, del Cód.
(3) §. 6, ley 37, tit. I, lib. XVIII del Dig.
(4) §. 3, ley 2, tit. V, lib. XIII del Dig.
(5) Ley 105, tit. I, lib. XLV; y §§. inicial, y 1, ley 95, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(6) Ley 19, tit. II, lib. XLV; y §. inicial ley 71, tit. I, lib. XLVI del Dig.

tuviera mas eficacia que la obligacion principal (1), como sucederia si el reo principal solo estuviera obligado naturalmente. Cuando el coacreedor sucede á su co-acreedor, puede entablar accion, ó bien en su nombre, ó bien en el de la persona á quien ha sucedido (2).

Concurrencia de dos títulos lucrativos.—El Emperador Justiniano dijo ya en estas Instituciones (3), que dos causas lucrativas no pueden concurrir en un mismo indivíduo respecto á una misma cosa: doctrina á que es consiguiente la de que aquel á quien se debe una cosa por título lucrativo, pierda su crédito si la adquiere por otro título lucrativo.

Corresponderia ahora tratar de los modos de disolver las obligaciones *ope exceptionis*; pero paréceme mas oportuno, más conforme á la claridad y más adecuado al órden qué me he propuesto, no anticipar ideas que tendrán oportuna cabida al hablar de las excepciones.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestro derecho concuerda con el romano en casi todas las materias que este título comprende (4). Nada establece expresamente respecto á la acceptilacion; pero el principio de la ley recopilada, de que se ha hablado otras veces (5), en virtud del que todo pacto sério y deliberado produce obligacion, dá lugar á que no solo los contratos verbales, sino todos los contratos y pactos puedan disolverse de un modo análogo á la acceptilacion romana, pero sin necesidad de guardar ninguna de sus formas. Del mismo principio se infiere que no es necesario que la novacion se haga por estipulacion, bastando el pacto simple, que entre nosotros tiene igual fuerza que el contrato. Aunque está adoptada tambien la doctrina de que la novacion pura de una obligacion condicional adquiere su fuerza cuando se cumple la condicion, esto se entiende, segun dice una ley (6), en el caso de que no se exprese, al hacer la novacion, que esta valga, cúmplase ó no la condicion de la obligacion primera; pero en este caso, si bien será subsistente la segunda obligacion, no habrá una verdadera novacion, porque realmente no puede renovarse una obligacion que por estar pendiente de condicion lo es solo en el nombre.

---

(1) §. 3, ley 95, tit. III, lib. XLVI del Dig.
(2) §. inicial, ley 93 del mismo título y libro.
(3) §. 6, tit. XX, lib. II.
(4) Tit. XIV, Part. V.
(5) Ley 1, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.
(6) Ley 16, tit. XIV, Part. V.

LIBER QUARTUS.

LIBRO CUARTO.

TITULUS I.

De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.

TITULO I.

De las obligaciones que nacen del delito.

Delito, *delictum*, es la contravencion voluntaria á una ley penal. Todo el que lo comete se sujeta á reparar el daño que haya ocasionado, y á sufrir la pena que el derecho establece. Esta responsabilidad, tanto civil como penal, sigue á cada delincuente, de modo que en el caso de que hayan sido varios los que hubieren cometido un delito, la pena será personal (1), y todos *in solidum* tendrán que reparar el daño ejecutado, y no podrán invocar ni el beneficio de division, ni que se les deje salvo el recurso contra los que con ellos cometieron el delito (2).

En el derecho romano los delitos se dividen en *públicos* y en *privados*. Esta division proviene de la facultad mas ó menos lata que hay de acusar á los que lo cometen, de la diferencia de tribunales, y de la clase y aplicacion de las penas con que se castigan: los delitos públicos pueden ser perseguidos por cualquier ciudadano romano; en los privados, por el contrario, solo tiene derecho de entablar la accion aquel que ha sufrido un perjuicio: los delitos privados son juzgados del mismo modo y ante los mismos jueces que entienden en los nego-

(1) §. 2, ley 11, tit. II, lib. IX; § 1, ley 55, tit VII, lib. XXVI; y ley 34, tit. X, lib. XLVII del Dig.

(2) § 15, ley 14, tit. 2, lib. IV del Dig.; y ley 1, tít. XIII, lib. IV del Cód.

cios civiles; los delitos públicos tienen sus formas particulares de procedimientos, y son juzgados por distintos jueces que los que conocen de las contiendas entre los particulares: en los delitos privados, la pena, que es pecuniaria, se convierte en utilidad del perjudicado, á quien queda salva la accion civil para conseguir la indemnizacion del daño que se le ocasiona; en los delitos públicos, por el contrario, se trata de la imposicion de una pena corporal, ó de una pecuniaria que debe aplicarse al fisco. No seria, pues, acertado exponer el derecho romano por las teorias generales adoptadas respecto á los delitos y á su clasificacion por los pueblos modernos; los cuales al mismo tiempo que han dejado franco á todos el camino de poder reclamar y ser imdemnizados de los perjuicios que el delito les ha ocasionado, no han querido que en ningun caso quede desarmada la sociedad por la omision de los perjudicados, estableciendo funcionarios públicos encargados de perseguir y de acusar los delitos y á sus perpetradores, ni que se imponga penas pecuniarias á favor de los ofendidos.

No es de este lugar entrar en el exámen de los delitos públicos, los cuales, del mismo modo que los privados, consisten en la perpetracion de actos prohibidos de antemano por el legislador, ó en la omision de otros prescritos de la misma manera; actos y omisiones que deben cometerse á sabiendas ó con intencion dañada: debo limitarme á los delitos privados, punto que corresponde al derecho civil, y que el Emperador Justiniano comprende aquí con motivo de la teoría de las obligaciones. No faltan algunos escritores, y entre ellos Ortolán y Du Caurroy, que pretenden que el derecho romano no requiere intencion dañada para dar á algunos actos el carácter de delitos privados, fundandose en que por la ley Aquilia se castiga del mismo modo el daño causado por imprudencia que el que ha sido resultado de la mala intencion. Con solo observar que la ley Aquilia no solo castiga el delito sino tambien la imprudencia, sin confundirlos en sus caractéres aunque imponga al uno y á la otra la misma penalidad, me parece que está contestado el motivo que tuvieron tan distinguidos escritores para sentar una teoría que creo poco conforme al espiritu del derecho romano. A esto se agrega, que los actos de imprudencia que castiga la ley Aquilia, si bien considerados aisladamente no podrá decirse que se han cometido con mala intencion, son resultados de otros hechos voluntarios que se han perpetrado con infraccion de las leyes y de las precauciones que el derecho establece para evitar daños, y que bajo este supuesto no se les puede libertar del todo de la nota de delitos (1).

---

(1) Mr. Rauter en su tratado de derecho criminal.

Los delitos privados de que habla en este título el Emperador son el hurto, el robo, el daño hecho contra justicia y la injuria. Mas no son estos solos: encuéntranse otros hechos calificados de la misma manera, como los que daban lugar á las acciones de *tignô junctô* (1) y de *arborum furtim cæsarum* (2), una y otra provenientes de la ley de las Doce Tablas; á la de *servi corrupti* (3); á la que competia á aquel á quien se habia hecho un daño con dolo en medio de la muchedumbre (4): acciones en virtud de las cuales se hacia la condenacion en el duplo, *in duplum*, si bien la última, pasado el año, solo era en la estimacion, *in simplum*; á las que correspondian contra el que habia hecho violencia, *quod metus causâ*, y contra los que se aprovechan de los azarosos momentos de un incendio, de una ruina, de un naufragio ó de un ataque naval para apropiarse ú ocultar objetos (5): acciones por las que dentro de un año procedia la condenacion en el cuádruplo, y despues solamente *in simplum*. El no haberse hecho mencion aquí por Justiniano de mas delitos privados que de los cuatro referidos, proviene sin duda de que creyó que á estos podian referirse los demás.

Cùm expositum sit superiore librô de obligationibus ex contractu et quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficiô dispiciamus. Sed *illæ* quidem (ut suô locô tradidimus) *in quatuor genera dividuntur*; hæ verò unius generis sunt, nam *omnes ex re nascuntur*, id est ex ipso maleficiô, veluti ex furtô, aut rapinâ, aut damnô, aut injuriâ.

Habiendo tratado en el libro precedente de las obligaciones que nacen de contrato y como de contrato, toca ahora examinar las que provienen de delito. Aquellas, como hemos dicho en su lugar, se dividen en cuatro clases: mas estas son de una sola clase, porque todas nacen de la cosa, esto es, del mismo delito, por ejemplo, del hurto, del robo, del daño ó de la injuria.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 182, Com. III de sus Ins.)

Comentario.

Illæ in quatuor genera dividuntur.—Alude el Emperador á las obligaciones que nacen del contrato que, como se ha visto, son ó

(1) Tit. III, lib. XLVII del Dig.
(2) Tit. VII del mismo libro.
(3) Tit. III, lib. IX del Dig.
(4) Ley 4, tit. VIII, lib. XLVII del Dig.
(5) Tit. IX del mismo libro.

reales ó verbales, ó literales, ó consensuales, no á las que nacen de los cuasi-contratos. Cayo, de quien Justiniano tomó este texto, se expresó con mas claridad: *cum ex contractu obligationes in quatuor genera deducantur.*

Omnes ex re nascuntur.—El delito es la causa de las obligaciones de que en este título se habla: asi es que en el caso de que se infiera una injuria verbal ó escrita, ni las palabras ni la escritura serán la causa de la obligacion, sino la afrenta hecha á la persona. Tampoco el consentimiento produce esta clase de obligaciones; muy al contrario, á pesar nuestro estamos obligados por consecuencia del delito que cometemos.

1 Furtum est *contrectatio rei fraudulosa*, *vel ipsius rei*, vel etiam *usus* ejus *possessionisve*, quod lege naturali prohibitum est admittere.	Hurto es la sustraccion fraudulenta de una cosa del lugar en que estaba, para reportar lucro, ó bien de la misma cosa, ó bien de su uso y posesion, acto que es contrario á la ley natural. 1

ORÍGENES.

Copiado de Paulo. (§. 3, ley 1, tit. II, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Contrectatio.—Esta palabra en su sentido gramatical quiere decir el acto de tocar la cosa; pero en su significacion jurídica tiene mayor extension, porque comprende tambien el acto de sacarla del lugar en que estaba y sustraerla (1). De la palabra *contrectatio* se infiere que no puede tener lugar el hurto en las cosas inmuebles (2), doctrina que prevaleció como dice Cayo (3) contra la opinion de los Sabinianos, que sostenian que podia cometerse hurto en las cosas raices. Infiérese tambien, que aunque haya intencion de hurtar, no hay hurto mientras no exista la sustraccion (4). Aquel por lo tanto que entrá en una casa para hurtar, no comete hurto mientras no se apodere de la cosa (5); mas lo comete el que habiendo recibido una cosa ó una cantidad para que pagase á un acreedor del que se la entregó, la dá en su mismo nombre para satisfacer su propia deuda, ó convierte lo recibido en sus propios usos (6).

(1) Ley, 15 tit. IV, lib. X; y §. 18, ley 3, tit. II lib. XLI del Dig.
(2) §. inicial, ley 25, tit. II, lib. XLVII del Dig.
(3) §. 51, Com. III de sus Inst.
(4) § 18, ley 3, tit. II, lib. XLI del Dig.
(5) §. 7, ley 21, tit. II, lib. XLVII del Dig.
(6) §. 16, ley 52 del mismo titulo y libro.

Rei. —Algunos textos añaden la palabra *alienæ*, y entre ellos el de la *Paráfrasis* de Teófilo; mas semejante adicion, lejos de ser necesaria, haria contradictoria la definicion de hurto, porque, como de esta misma se infiere, el hurto puede cometerse en la propia cosa cuando su uso ó su posesion corresponde á otro, si bien entonces no recae sobre lo que es nuestro, sino sobre derechos ó aprovechamientos que son de otro.

Fraudulosa.—Para que la sustraccion sea hurto es menester que se haga con dolo, esto es, con la intencion de dañar á otro. El que toma una cosa ó por inadvertencia ó creyendo que le corresponde, ó que está autorizado por su dueño, no comete hurto. Además de esta significacion, puede tener la palabra *fraudulosa* la de distinguir el hurto del robo ó rapiña, pues que al paso que el primero se hace clandestinamente, la rapiña se ejecuta con violencia. Algunas ediciones de las Instituciones ponen despues de la palabra *fraudulosa* las de *lucri faciendi causâ*, palabras que sirven para aclarar la idea del hurto. En efecto, la intencion fraudulenta del que hurta no se dirige principalmente á perjudicar á otro, sino á apropiarse ó á aprovechar la cosa de que se apodera. Por lo tanto, el que toma la cosa agena solo para destruirla ó para injuriar á su dueño, no se entiende que comete hurto: si bien podrá ser responsable, en el primer caso con arreglo á la ley Aquilia, y en el segundo por la accion de injurias. Así tampoco comete hurto el viajero que acosado del hambre, y no encontrando otro alimento, coge de un árbol la fruta que necesita para reparar sus fuerzas desfallecidas, ni el que pone á pacer el caballo en que es conducido en un prado ageno, si de otro modo no puede continar su camino; pero si bien ni aquel ni este cometen hurto, no por esto se libertarán de la indemnizacion del daño que hayan ocasionado. El que sustrae una cosa para darla á otro, comete hurto, porque como dice Cayo, especie de lucro es dar de lo ageno y obligar de este modo la gratitud de otras personas (1).

Vel ipsius rei.—El hurto mas comun es el de cosa: á este aluden las palabras *ipsius rei*, puestas aquí en contraposicion á las de *usus possessionisve*.

Usus possessionisve.—En el trascurso de este título se verá en qué consisten estos hurtos de uso y de posesion, y cómo puede cometerse el hurto en cosa propia.

2 Furtum autem vel à furvô, id est nigrô, dictum est, quod clàm et

La palabra *furtum*, hurto, viene ó de la palabra *furvum*, que signi- 2

(1) §. 1, ley 56, tit. II, lib. XXVII del Dig.

obscurè fit, et plerumquè nocte; vel à fraude; vel à ferendô, id est auferendô, vel à Græcô sermone, qui φῶρας appellant *fures*. Imò etiam Græci ἀπὸ του φερειν φῶρας dixerunt.

fica *negro*, porque se comete clandestinamente, en la oscuridad, y ordinariamente de noche; ó de la palabra *fraus*; ó del verbo *ferre*, que significa llevarse, ó de la palabra griega φῶρας, que quiere decir ladron, palabra que viene dè ἀπὸ του φερειν φῶρας, que significa tambien llevarse.

ORÍGENES.

Copiado de Paulo. (§. inicial, ley 1, tit. II, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Fures.—Esta palabra que en latin se aplica solo al que hurta, es traducida generalmente entre nosotros por la de *ladron*, si bien en rigor este último vocablo comprende tanto al que hurta como al que roba.

3 Furtorum autem *genera duo sunt*: manifestum, et nec manifestum. Nam conceptum ea oblatum species potiùs actionis sunt furto cohærentes, quàm genera furtorum, sicut inferiùs apparebit (*a*). *Manifestus fur est*, quem Græci 'επ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solùm is, qui in ipsò furtô deprehenditur (*b*), sed etiam is, qui eô locô deprehenditur, quô fit, veluti qui domi furtum fecit, et nondùm egressus januam deprehensus fuerit, et qui in olivetô olivarum, aut in vinetô uvarum furtum fecit, quamdiù in olivetô aut in vinetô fur deprehensus sit (*c*); imo ulteriùs furtum manifestum extendendum est, quamdiù eam rem fur tenens *visus vel deprehensus* fuerit, sive in publicô, sive in privatô, vel à dominô, vel ab aliô, antequàm eò perveniret, quò perferre ac deponere rem destinasset. Sed si pertulerit, quò destinavit, tamenetsi deprehendatur cum re furtivâ, non est manifestus fur (*d*). Nec manifestum furtum quid

Hay dos clases de hurto: el manifiesto y el no manifiesto; porque los hurtos *conceptum* y *oblatum* son mas bien clases de acciones adherentes al hurto que géneros de hurto, como aparecerá despues (*a*). El ladron manifiesto es el que los griegos llaman 'επ' αὐτοφώρῳ esto es, aprehendido en flagrante delito; y no solamente se entiende esto de aquel que es cogido en el momento mismo en que se comete el delito (*b*), sino tambien del que lo es en el lugar en que se perpetra; por ejemplo, el que habiendo cometido un hurto dentro de una casa es aprehendido antes de salir por la puerta, y el que habiendo robado aceitunas en un olivar ó uvas en una viña, es cogido en el olivar ó en la viña (*c*). Debe además estenderse el hurto manifiesto al caso en que el ladron, teniendo aún la cosa y no habiendo llegado al lugar donde se habia propuesto llevarla ó depositarla, hubiere sido visto ó detenido, bien sea en sitio 3

sit, ex his, quæ diximus, intelligitur: nam *quod manifestum non est, id* scilicèt *nec manifestum est* (*e*).

público ó privado, por el dueño ó por cualquier otro. Pero el ladron, una vez llevada la cosa al sitio que le destinó, no será ladron manifiesto aunque sea cogido con la cosa furtiva (*d*). De lo dicho se infiere cuál es el hurto no manifiesto, porque el no manifiesto no tiene los caracteres que distinguen al manifiesto (*e*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 183, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. §. inicial, ley 3, tit. II, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 184, Com. III de sus Inst.)
(*d*) Conforme con Paulo. (§. 2, tít. XXXI, lib. II de sus Sentencias.)
(*e*) Copiado de Cayo. (§. 185, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Genera duo sunt.—Cayo dice que Servio Sulpicio y Masurio Sabino dividian el hurto en cuatro clases: en manifiesto, en no manifiesto, y en los llamados *conceptum* y *oblatum*, y que Labeon tan solo admitia las de manifiesto y no manifiesto, fundándose en la razon que copia Justiniano en este párrafo, á saber: que las denominaciones de *conceptum* y *oblatum*, más que clases particulares de hurto significan especies de acciones adherentes al delito. Esta última opinion es la adoptada por Cayo (1), á quien sigue Justiniano en el texto, separándose de la opinion de Paulo (2) que admitia la division cuatrimembre de los Sabinianos. A las clases referidas de hurtos deben añadirse las llamadas *furtum prohibitum* y *furtum non exhibitum* de que se habla en el párrafo siguiente, á las que tambien puede aplicarse lo que aquí se dice del *furtum conceptum* y *oblatum*, esto es, que son, más que clases de hurtos, especies de acciones inherentes al hurto.

Manifestus fur est.—Dáse el nombre de ladron *manifiesto* al que es sorprendido con la cosa hurtada antes de llegar al sitio á que queria llevarla. Esta es la opinion que prevaleció, porque como se infiere de los textos de Cayo y de Paulo que ya quedan citados, habia otras tres opiniones acerca del particular: segun una era necesario que el ladron fuera sorprendido precisamente en el momento de apoderarse de la cosa; segun otra bastaba que fuera sorprendido en

(1) §. 183, Com. III de sus Inst.
(2) §. 2, tit. XXXI, lib. II de sus Sent.

el mismo lugar en que se cometiera el delito; y segun otra, por último, era ladron manifiesto aquel en cuyo poder se encontraba la cosa robada, aun despues de haber llegado al lugar en que habia querido depositarla ú ocultarla.

Visus vel deprehensus.—Ulpiano (1) dice, citando la autoridad de Pomponio, que la aprehension constituye el ladron manifiesto, y por lo tanto si el ladron se esconde para que no le mate el dueño que vió cometer el hurto, el hurto no será manifiesto; añade despues el mismo jurisconsulto (2), apoyándose en la autoridad de Celso, que no dejará de ser ladron manifiesto aquel á quien se vió hurtar, y que encontrándose perseguido huyó arrojando el hurto. Aunque al primer golpe de vista parece que hay contradiccion entre lo que tomó Ulpiano de Pomponio y lo que adoptó de Celso, considerando atentamente los casos, se vé que son diferentes, y diferentes tambien los motivos de la decision de cada uno.

Quod manifestum non est, id nec manifestum est.—No necesitaba Justiniano hacer esta referencia que copió de Cayo, cuando acababa de decir que era ladron no manifiesto aquel que habia llevado la cosa hurtada al punto en que habia pensado depositarla, aunque despues se le aprehendiera con ella.

4 *Conceptum furtum* dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus, furtiva res quæsita et inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quæ appellatur concepti. *Oblatum* furtum dicitur, cùm res furtiva ab aliquô tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit, utiquè si eâ mente tibi data fuerit, ut apud te potiùs, quàm apud eum, qui dederit, conciperetur; nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversùs eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam *prohibiti furti actio* adversùs eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Prætereà pœna constituitur edictô prætoris *per actionem furti non exhibiti* adver-

Dícese que hay el hurto llamado *conceptum*, cuando la cosa hurtada ha sido buscada y encontrada en casa de alguno á presencia de testigos. Porque se dá contra él, aunque no sea ladron, una accion especial que se llama *furti concepti*. Dícese que hay hurto llamado *oblatum*, cuando la cosa hurtada te ha sido entregada por alguno y encontrada en tu casa, si el que te la dió lo hizo con la intencion de que fuera mas bien hallada en tu casa que en la suya: en este caso tú, en cuya casa ha sido encontrada la cosa, tienes contra aquel que te la dió, aunque no sea ladron, la accion llamada *furti oblati*. Hay tambien una accion llamada *furti prohibiti* contra el que se opone á que se busque en su casa á presencia de 4

(1) §. 1, ley 7, tit. II, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 2 de la misma ley.

sùs eum, qui furtivam rem apud se quæsitam et inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, id est concepti et oblati, et furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, *in desuetudinem abierunt.* Cum enim requisitio rei furtivæ hodiè secundum veterem observationem non fit: meritò ex consequentiâ etiam præfatæ actiones ab usu communi recesserunt, cum manifestissimum est, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint et celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.

testigos la cosa hurtada. Además el edicto del pretor estableció por medio de la accion *furti non exhibiti* una pena contra aquel que no presentó la cosa hurtada que fué buscada y encontrada en su casa. Pero estas acciones *furti concepti, furti oblati, furti prohibiti* y *furti non exhibiti*, cayeron en desuso: en efecto, debian su existencia al antiguo solemne modo de hacer pesquisas respecto á la cosa robada, y no hallándose ya en uso este modo, quedaron las acciones sin objeto, estando fuera de toda duda que cuantos á sabiendas hayan recibido ú ocultado la cosa furtiva quedan sujetos á la accion de hurto no manifiesto.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 186, 187 y 188, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Conceptum furtum.—De las cuatro clases de acciones á que este texto se refiere, las dos primeras, *furti concepti* y *furti oblati*, dimanaban de la ley de las Doce Tablas, y las dos últimas, *furti prohibiti* y *furti non exhibiti*, del edicto del pretor.

No puede asegurarse de un modo positivo qué es lo que los romanos llamaban *furtum conceptum*. La ley de las Doce Tablas que hablaba de él, segun la restituyó Jacobo Gothofredo siguiendo á Aulo Gelio, se halla concebida en estos términos: *si furtum lanoe liciôque conceptum escit, atque uti manifestum vindicator*. Qué se entendia por *lanx*, qué por *licium*, es cosa que no está bien conocida. Suponen algunos que *licium* era la tela de que se valian los ladrones para envolver y atar las cosas furtivas, y que *lanx* era una vasija que ponian delante de los ojos de los que podian observarlos, para que no los conocieran. Dicen otros que el *furtum conceptum* era un hurto muy próximo al sacrilegio, en que algunos impostores, á la sombra de religion, ceñidos como sacrificadores y llevando en la mano una vasija para colectar limosnas, conseguian así su intento de hurtar: de este modo explican las palabras *lance liciôque* de las leyes de las Doce Tablas. Dejando aparte otras muchas interpretaciones y desvaríos que acerca de este punto se encuentran en los au-

tores, diré que en nuestras escuelas habia prevalecido generalmente la explicacion de Heineccio, que dice en sus *Antigüedades* que se llamaba *furtum conceptum per lancem et licium*, el que se descubria con un rito que los romanos tomaron de los atenienses: los que querian buscar en casa agena las cosas hurtadas, tenian derecho de hacerlo entrando desnudos para evitar la sospecha que podia formarse de que para calumniar á los dueños de la casa introducian bajo la ropa lo que se proponian encontrar, llevando por razon de decencia una especie de tonelete que llamaban *licium*, y una vasija horadada, *lanx*, para cubrirse el rostro á manera de máscara, máscara que llevaban por razon de pudor para no ser conocidos por las mujeres. Estas opiniones, y otras varias menos probables que acerca de este punto se han aventurado, no pasan de ser meras conjeturas. El jurisconsulto Cayo, despues de decir que la ley prescribia que el que quisiere buscar la cosa hurtada debia hacerlo desnudo, *nudus*, ceñido con un lienzo, *linteô cinctus*, llevando una vasija, *lancem habens*, y que lo asi encontrado era considerado como hurto manifiesto (1), parece que mas bien que explicar tales solemnidades ya derogadas por la ley Ebucia, se propuso burlarse de ellas; hé aquí sus palabras: *Se ha tratado de investigar qué es lo que se entendia por* linteum; *parece lo mas verdadero que era una especie de trage con el que se cubria la parte del cuerpo que la decencia aconsejaba; así es ridícula toda la ley, porque el que prohibe que un hombre vestido busque la cosa hurtada, este mismo prohibirá tambien que la busque el que está desnudo, con tanto mas motivo, cuanto que buscada asi y hallada se incurre en mayor pena. Además, ó bien se mande que se lleve la vasija para que ninguna otra cosa pueda haber en las manos del que la lleva, ó para poner en ella lo que se encontrare, nada de esto procede si lo que se busca es de tal tamaño ó naturaleza que ni pueda abarcarse ni pueda ponerse en la vasija* (2). El hurto descubierto de esta manera era el que llamaban *furtum lance liciôque conceptum*, el cual se equiparaba, como queda dicho, al hurto manifiesto. Además de este habia otro hurto á que se daba simplemente el nombre de *furtum conceptum*, denominacion que se aplicaba cuando el objeto hurtado se descubria sin la forma solemne antes mencionada. Este hurto era castigado con la pena del triplo en virtud de la ley de las Doce Tablas, disposicion que conservaron los pretores en su edicto (3).

Oblatum.—El texto explica claramente qué es lo que se entendia

---

(1) §. 192, Com. III de sus Inst.
(2) §. 193 del mismo Comentario.
(3) §. 191 del mismo Comentario.

por la accion *furti oblati*. El que sabiendo que una cosa habia sido hurtada, aunque él no fuera el ladron, la ofrecia á otro con objeto de que mas bien se encontrara en poder de este que en el suyo, quedaba sujeto á la accion *furti oblati*, que era tambien del triplo, á favor de aquel á quien de semejante modo habia comprometido (1).

Prohibiti furti actio.—Esta era la accion que se daba contra el que oponia obstáculos á que se hiciese en su casa la solemne pesquisa de la cosa hurtada, como dice el texto. La pena en que incurria por el edicto del pretor era la del cuádruplo.

Per actionem furti non exhibiti.—De esta accion no quedan mas vestigios que los que manifiesta el texto que comento. Su objeto era castigar al que requerido rehusaba presentar la cosa hurtada. No hay ninguna noticia acerca de la pena que se le imponia.

In desuetudinem abierunt.—La ley Ebucia suprimió la pesquisa *per lancem et licium* al mismo tiempo que las acciones de ley. Las demás acciones estaban aun en observancia en tiempo de Cayo y de Paulo; pero cayeron tambien en desuso, de modo que en el imperio de Justiniano ya pertenecian á la historia.

5 *Pœna manifesti furti* quadrupli est, tàm ex servi personâ, quàm ex liberi; *nec manifesti dupli.*

La pena del hurto manifiesto es la del cuádruplo, bien sea el ladron persona libre ó esclavo; la del no manifiesto el duplo. 5

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§§. 189 y 190, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Pœna manifesti furti.—La ley de las Doce Tablas, de donde nació la distincion del hurto manifiesto y no manifiesto, castigaba el primero con la *pena capital*, frase que no tenia exactamente la significacion que hoy se le dá, pues que la aplicamos sola y exclusivamente á la pena de muerte. En efecto, el hombre libre segun las mismas leyes debia ser azotado y entregado á aquel á quien habia hurtado: disposicion que daba lugar á que los antiguos disputasen si se hacia ó no esclavo con semejante adjudicacion. Si el ladron era esclavo, sufria la muerte, siendo precipitado desde la roca Tarpeya. El pretor mitigó tan duras penas, estableciendo la que se indica en el texto (2).

Nec manifesti dupli.—Esta pena fué establecida por las leyes de las Doce Tablas, y consèrvada por el pretor (3).

---

(1) §§. 187 y 191, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 189 del mismo Comentario.
(3) §. 190 del mismo Comentario.

El cuádruplo y el duplo no se entienden precisamente de la cosa hurtada, sino de los perjuicios ocasionados por el hurto al que entabla la accion (1).

6 Furtum autem fit, non solùm,
cum quis intercipiendi causâ rem
alienam amovet, sed generalitèr,
cum quis alienam rem invitô dominô
contrectat (*a*). Itaque *sive creditor
pignore, sive is, apud quem
res deposita est, eâ* re *utatur*, sive
is, qui rem utendam accepit, *in
alium usum eam transferat*, quàm
cujus gratiâ ei data est, furtum
committit. Veluti si quis argentum
utendum acceperit, quasi amicos ad
cœnam invitaturus, et id peregrè
secum tulerit, aut *si quis equum*,
gestandi causâ commodatum sibi,
longiùs aliquò duxerit, quod veteres
scripserunt de eô, qui in aciem
7 equum perduxisset (*b*). Placuit tamen,
eos, qui rebus commodatis
alitèr uterentur, quàm utendas acceperint,
itâ furtum committere,
si se intelligant id invitô dominô
facere, eumque, si intellexisset,
non permissurum, ac, si permissurum
credant, extra crimen videri:
optimâ sane distinctione, quia
furtum sine affectu furandi non
8 committitur (*c*). Sed et, si credat
aliquis, invitô dominô se rem commodatam
sibi contrectare, *dominô*
autem *volente id fiat*, dicitur furtum
non fieri. Unde illud quæsitum
est, cum Titius servum Mævii sollicitaverit,
ut quasdam res domino
subripiat, et ad eum perferat, et
servus id ad Mævium pertulerit,
Mævius, dùm vult Titium in ipsô
delictô deprehendere, permiserit
servo quasdam res ad eum perferre,
utrùm furti, an servi corrupti
judiciô teneatur Titius, an neu-

Hay hurto no solo cuando alguno 6
quita una cosa agena para apropiársela,
sino tambien por regla general
cuando dispone de ella contra
la voluntad de su dueño (*a*). Por
lo tanto si el acreedor ó el depositario
usaren de la cosa que respectivamente
se les ha dado en prenda
ó en depósito, ó el usuario la emplease
en otro uso que aquel para
que se le entregó, cometen un hurto.
Así sucede con el que recibió
prestada una bajilla de plata para
convidar á sus amigos á un festin,
y se la lleva á un viaje; ó con el
que habiendo recibido prestado un
caballo con objeto de pasear, se
hubiere servido de él para un punto
mas distante del convenido, ó
como decian los antiguos, lo hubiere
llevado á una batalla (*b*). Sin em- 7
bargo, se halla establecido que los
que usan de las cosas dadas en comodato
de modo diferente de aquel
para que las recibieron, solo cometen
hurto si están en la inteligencia
de que obran contra la voluntad
del propietario, y que á saberlo
este no lo permitiria; pero si creen
que lo permitiria, no hay delito,
porque no se comete hurto sin intencion
de hurtar (*c*). Mas si cree 8
alguno que usa de la cosa que se le
ha dado en comodato contra la voluntad
del dueño, pero en realidad
lo hace con su beneplácito, se ha
decidido que no hay hurto. De aquí
proviene la cuestion siguiente: habiendo
inducido Ticio al esclavo de
Mevio á que hurtase ciertos objetos
á su señor para llevárselos á él, y

(1) Ley 27: §. inicial, ley 50; y §. 1, ley 57, tit. II, lib. XLVII del Dig.

trô? (*d*). Et cum nobis super hâc dubitatione suggestum est, et antiquorum prudentium super hoc altercationes perpeximus, *quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus*, quibusdam furti tantummodò: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram decisionem sanximus, non solùm furti actionem, sed etiam servi corrupti contra eum dari: licèt enim is servus deterior à sollicitatore minimè factus est, et ideò non concurrant regulæ, quæ servi corrupti actionem introducerent, tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquàm re ipsâ fuisset servus corruptus, ne ex hujusmodi impunitate et in alium servum, qui possit corrumpi, tale facinus à quibusdam pertentetur (*e*).

habiendo el esclavo puesto todo esto en conocimiento de Mevio, si Mevio queriendo coger á Ticio en flagrante delito permitiere al esclavo que le llevase algunas cosas, ¿corresponderá contra Ticio la accion de hurto, ó la llamada *servi corrupti*, ó ninguna de las dos? (*d*). Habiéndosenos sometido la resolucion de esta duda, despues de considerar las cuestiones de los antiguos acerca del particular y de ver que unos negaban la accion de dolo y la de *servi corrupti*, al mismo tiempo que otros solo concedian la de hurto, para poner término á semejantes sutilezas hemos decidido que ambas acciones tengan lugar, porque aunque el esclavo no se haya hecho peor por las instigaciones del que queria corromperlo, y parezca por consecuencia que en el caso propuesto no concurren los motivos que dieron lugar á introducir la accion *servi corrupti*, sin embargo, está clara la intencion que tenia el corruptor de hacer que el esclavo faltara á la probidad. Con el fin, pues, de que la impunidad no aliente á algunos á cometer igual delito con otros esclavos mas fáciles de ser corrompidos, hemos establecido contra semejante corruptor una accion penal, del mismo modo que si hubiera sido coronado de éxito su proyecto (*e*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 195, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo, (§. 196, Com. III de sus Inst.)
(*c*) Copiado de Cayo. (§. 197, Com. III de sus Inst.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§. 198, Com. III de sus Inst.)
(*e*) La constitucion á que aquí se alude es la ley 20, tit. VI del Cód.

Comentario.

Contrectat.—Téngase presente la significacion que á la palabra *contrectatio* he dado en el comentario al párrafo primero de este mismo título. Siguiéndola en este lugar, se observará cuán ajustadas

están á la regla que sienta el texto en su principio las consecuencias que luego deduce.

Sive creditor pignore.—El acreedor pignoraticio tiene la cosa para su seguridad, no para aprovecharse de ella: si la usa, pues, contra la ley del contrato, comete hurto de uso.

Sive is, apud quem res deposita est, eâ utatur.—El depositario tiene la cosa en su guarda para devolverla concluido el tiempo del depósito: si la usa, comete tambien hurto de uso.

In alium usum eam transferat.—Este es otro ejemplo del hurto de uso.

Si quis equum.—Valerio Máximo refiere haberse condenado á uno como reo de hurto, porque habiendo recibido en comodato un caballo para ir á Aricia, salió con él de los límites de este municipio: sentencia dura, que aun entendidos los textos en el rigor material de su letra, pocas veces podria repetirse, porque á la confianza que suele existir entre el que da y el que recibe una cosa en comodato, es consiguiente que ordinariamente se presuma que el comodatario tiene buena fé, y que al usar de la cosa para otro uso que aquel para que se le concedió, cuenta con que no obra contra la voluntad del comodante, y por el contrario, que está persuadido de que si lo supiera lo permitiria.

Furtum sine affectu furandi.—Esta es la confirmacion de lo que acabo de exponer: no hay hurto sin intencion, porque solo delinque el que quebranta voluntariamente las leyes; doctrina aplicable tanto á los delitos públicos como á los privados.

Dominô volente id fiat.—No debe confundirse la moral con el derecho: el que toma para sí una cosa creyendo que lo hace contra la voluntad de su dueño, aunque piense asi por error, falta á sus deberes internos, y por su conciencia sabe que ha quebrantado un precepto moral: mas no sucede lo mismo en el foro externo, en el que es necesario que haya intencion de delinquir y acto positivo de delincuencia, afecto y efecto, como decian algunos jurisconsultos antiguos, y es claro que en el caso del texto no hay este efecto, porque se dice que el dueño tenia voluntad de que el otro tomase la cosa.

Quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus.—Ante todas cosas conviene advertir que la accion *servi corrupti* fué introducida por el edicto del pretor contra el que hubiera recibido en su fuga al esclavo ó esclava agenos, y contra el que les diese malos consejos para desmoralizarlos, haciendo de este modo peor su condicion; y que su objeto era que el dueño consiguiera el duplo (1). Esto supuesto, los antiguos jurisconsultos estaban divergentes acerca

---

(1) §. inicial, ley 1, tit. III, lib. XI del Dig.

de si en el caso de que uno aconsejase al esclavo ageno que hurtara alguna cosa á aquel en cuyo poder estaba, y puesto el esclavo de acuerdo con su dueño llevase á efecto la accion para poner mas patente la maldad del que le aconsejó, deberia ser perseguido por la accion *servi corrupti* ó por la de hurto. Cayo en sus Instituciones (1) nos dice que no era responsable ni por una ni por otra accion: no por la de hurto, porque no habia obrado contra la voluntad de su dueño; no por la de *servi corrupti*, porque realmente no se habia desmoralizado el esclavo. Justiniano, pues, en este lugar se apartó completamente de la opinion de Cayo, á quien tan frecuentemente copia, aun en este mismo texto.

9 Interdùm etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum, *qui in potestate nostrâ sunt*, subreptus fuerit.

A veces tambien se comete hurto de personas libres, por ejemplo, si nos quitan uno de nuestros hijos que están en nuestra potestad. 9

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 199. Com. III. de sus Inst.)

Comentario.

Qui in potestate nostrâ sunt.—Cayo, de quien Justiniano copió el texto que antecede, añade despues de las palabras que comento, *sive etiam uxor quæ in manu nostrâ sit, sive etiam judicatus, vel auctoratus meus,* para comprender á la mujer que por haber contraido matrimonio de un modo solemne estaba *in manu,* y al hombre libre que estaba *in mancipiô*; mas Justiniano al hacer esta supresion, se atemperó á su época. No importaba que las personas libres no fueran capaces de estimacion, porque además de no poder negarse la accion de hurto, pues que las cosas de que se habla en el texto estaban constituidas en dominio del jefe de la familia, queda ya dicho que la expresada accion se da para conseguir el duplo ó cuádruplo, no precisamente de la cosa hurtada, sino de los daños y perjuicios que se siguen á aquel que tiene interés en que el hurto no se hubiera verificado. Entiéndese lo que se dice en el texto, sin perjuicio de lo que en otros lugares se previene respecto al juicio criminal extraordinario que puede entablarse contra los ladrones de esta clase (2), y del juicio público en virtud de la ley Fabia *de plagiariis* de que se hablará oportunamente.

10 Aliquandô etiam *suæ rei* quisque furtum committit, veluti si debitor

A veces se comete hurto de una cosa propia, por ejemplo, si el deu- 10

(1) §. 198, Com. III.
(2) Ley 94, tit. II. lib. XLVII del Dig.

rem, quam creditori pignoris causâ dedit subtraxerit.

dor sustrae á su acreedor la cosa que le habia dado en prenda.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 200, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Suæ rei.—En este caso se castiga al que hurta porque disturba á otro en el ejercicio legítimo de un derecho que le corresponde: no es, pues, propiamente lo que hurta una cosa suya, sino un derecho ageno.

11 Interdùm furti tenetur, qui ipse furtum non fecerit: qualis est. *cujus ope et consiliô furtum factum est.* In quô numerô est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet, aut obstitit tibi, ut alius rem tuam exciperet, vel oves aut boves tuas fugavit, ut alius eas caperet, et hoc veteres scripserunt de eô, qui pannô rubrô fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, et non datâ operâ, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet (*a*). At ubi ope Mævii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope consilio ejus quoquè furtum admitti videtur, qui scalas fortè fenestris supposuit, aut ipsas fenestras vel ostium effregit, ut alius furtum faceret, quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens cujus gratia commodaverit. Certè qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantùm consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti (*b*).

Puede suceder que responda por la accion de hurto el que por sí mismo no ha hurtado, como acaece con aquel con cuya ayuda é intencion el hurto se ha cometido. En este número se cuenta el que hizo caer el dinero de tus manos para que otro lo cogiese, ó bien se puso delante de tí para que otro te despojase sin que tú lo vieras, y el que dispersó tus ovejas ó tus bueyes para que otro los pudiese hurtar. Esto es lo que los antiguos escribieron del que con un paño encarnado ponia en huida una vacada. Pero si algunas de estas cosas se hiciese por ligereza y no de propósito para cometer un hurto, habrá entonces la accion *in factum* (*a*). Si Mevio auxilió á Ticio para que hiciese un hurto, ambos son responsables por la accion de hurto. Se entiende que presta su ayuda é intencion para hurtar el que ha puesto escalas en las ventanas ó ha quebrantado las mismas ventanas ó las puertas para que otro hiciese el hurto; ó el que á sabiendas ha prestado herramientas para hacer los quebrantamientos, ó las escalas para subir á cometer el delito. Pero el que no ha prestado ninguna cooperacion para cometer el hurto, sino que solo dió consejo para que se cometiera, no está obligado por la accion de hurto (*b*). 11

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 202, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 36, tít. II, lib. XLVII del Dig.

Comentario.

Cujus ope et consiliô furtum factum est.—Dos circunstancias son indispensables para que una persona sea considerada como cómplice de un hurto: la cooperacion, *ope*, y la intencion, *consiliô*. Sin la cooperacion no hay un acto externo que caiga bajo la jurisdiccion de la ley: sin intencion no hay delito, porque solo es delincuente el que deliberadamente quebranta la ley penal. No me parece fundada la opinion de algunos intérpretes que sostienen que la cooperacion y la intencion de que se habla en este texto, no se exigen copulativamente, sino que basta cualquiera de ellas para constituir la complicidad en el delito de hurto; porque con semejante teoría se vendria á parar en que la intencion por sí sola ó un acto material inocente eran penables, lo cual seria un absurdo. Téngase presente la doble acepcion en que este texto usa la palabra *consilium*, significando cuando la une á la de *ops* la dañada intencion de cooperar al hurto, y en su última parte la de consejo ó exhortacion que se dá para cometerlo.

12 Hi, qui in parentum vel dominorum potestate sunt, si rem eis subripiant, *furtum quidèm* illis *faciunt*, et res in furtivam causam cadit (nec ob id ab ullô usucapi potest, antequàm in domini potestatem revertatur), sed *furti actio non nascitur*, quia nec ex aliâ ullâ causâ potest inter eos actio nasci (*a*): si verò ope consilio alterius furtum factum fuerit, quia utiquè furtum committitur, convenientèr *ille furti tenetur*, quia verum est, ope consilio ejus furtum factum esse (*b*).

Los que están en potestad de ascendientes ó de señores, si les quitan alguna cosa cometen hurto, y la cosa incurre en la condicion de furtiva (no pudiendo por lo tanto ser adquirida por usucapion antes de que vuelva á poder de su dueño); pero no nace accion de hurto, porque ninguna causa puede originar accion entre ellos (*a*). Mas si el hurto se ha cometido con el auxilio y dolo de otro, este último será responsable por la accion de hurto, porque es cierto que voluntariamente ha prestado su cooperacion para cometerlo (*b*). 12

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 16, tít. III, lib. XVII; y con Ulpiano, §. inicial, ley 17 del mismo título y libro.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§§. inic. y 1, ley 36, tít. II, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Furtum quidèm faciunt.—En el caso de que habla el texto hay hurto, porque el esclavo ó el hijo de familia se apoderan de la cosa agena para convertirla en su utilidad, y lo hacen con dañada intencion.

Furti actio non nascitur.—Téngase presente que en la accion de hurto no se trata de un castigo público, sino de una reparacion y de una pena á favor de la persona perjudicada. Como segun se ha visto en otros lugares, el gefe de la familia tenia y absorvia en sí la representacion y los intereses de toda ella, de aquí es, que cometido el hurto por los hijos que estaban en potestad ó por los esclavos, no habia lugar á la accion de hurto, porque el padre ó el señor no podian entablar accion contra sí mismos.

Ille furti tenetur.—Como hay hurto, segun dice el principio del texto, en el caso de que el esclavo ó el hijo de familia hurten respectivamente á su señor ó á su padre, es consiguiente que los que fueron cómplices en la perpetracion del delito queden sometidos á la accion que de él proviene.

13 Furti autem actio ei competit, *cujus interest, rem salvam esse*, licèt dominus non sit; itaque nec domino alitèr competit, quam si ejus intersit, rem non perire (*a*).
14 Unde constat, creditorem de pignore subreptô furti agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia *expedit ei, pignori potiùs incumbere*, quâm in personam agere: adeò quidèm, ut, quamvis ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominùs creditori competit actio furti (*b*).

La accion de hurto compete á aquel que tiene interés en que la cosa no hubiera sido hurtada, aunque no sea dueño, y por lo tanto solo corresponde á este en el caso de que se halle interesado en que la cosa no perezca (*a*). De aquí proviene que el acreedor á quien se ha quitado la prenda que tenia en seguridad de la deuda, pueda entablar la accion de hurto aunque su deudor sea abonado para el pago, porque le es mucho mas ventajoso tener un recurso sobre la prenda, que entablar una accion contra la persona del deudor: hasta tal punto, que aunque sea el mismo deudor el que sustraiga la prenda, compete sin embargo al acreedor la accion de hurto (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 203, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 204, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Cujus interest, rem salvam esse.—La accion de hurto no se concedia al dueño como tal; muy al contrario, algunas veces se otorgaba contra él. Segun dice el texto, competia á todos aquellos que tenian interés en que la cosa no fuera hurtada, como se explica despues con ejemplos. Pero no basta tener interés; es necesario además, en el momento en que el hurto se comete, estar en posesion ó ser responsable de la cosa por cualquier título: por lo tanto el comprador á quien todavía no se ha entregado la cosa, no tiene la accion de hurto, si bien gozará del derecho de exigir que el vendedor le ceda las acciones que le correspondan y la utilidad que hubiere reportado del ejercicio de la accion de hurto (1). Como pueden ser varios los interesados en que la cosa no sea hurtada, á todos se concede entablar la accion proporcionalmente á la parte de interés que tenian en que no se cometiera el delito (2).

Expedit ei, pignori potiùs incumbere.—A este motivo puede añadirse el de que el acreedor está obligado á la restitucion de la cosa en el caso de que haya habido culpa por su parte (3).

15 Itèm si fullo polienda curandave, aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certà acceperit, eaque furtò amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domini nihil interest, eam rem non perisse, cùm judició locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi potest (*a*). Sed et *bonæ fidei emptori subreptâ re*, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnimodò competit furti actio, quemadmodùm et creditori (*b*). Fulloni verò et sarcinatori *non alitèr* furti competere placuit, *quàm si solvendo* sint, hoc est si domino rei æstimationem solvere possint: nam si solvendo non sunt, tunc, quia ab eis suum dominus consequi non possit, ipsi domino furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse (*c*). Idem est *et, si in*

De la misma manera, si uno recibiere de otro vestidos para limpiarlos y cuidarlos, ó un sastre para arreglarlos, conviniendo en cierta merced, y estos vestidos fueren hurtados, al que los recibió es á quien compete la accion de hurto y no al dueño, porque este no tiene ningun interès en la conservacion de la cosa, puesto que por la accion *locati* puede ser indemnizado de la pérdida de sus vestidos (*a*). El comprador de buena fé á quien se hurta la cosa que compró, aunque no es dueño tiene la accion de hurto del mismo modo que el acreedor con prenda (*b*). Mas aquel á quien se dieron los vestidos para que cuidase de ellos, y el sastre, no tendrán la accion de hurto mas que en el caso de que sean solventes, esto es, de que puedan

---

(1) Ley 13; y §. inicial, ley 14, tit. II, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 1, ley 47 del mismo título y libro.
(3) §. 6, ley 14 del mismo título y libro.

partem solvendo sint fullo aut sarcinator. (*d*)

pagar la estimacion de la cosa á su dueño: porque en caso de ser insolventes, como el dueño no puede obtener de ellos lo que le corresponde, tendrá él mismo la accion de hurto, puesto que es puramente suyo el interés en la conservacion de la cosa (*c*). Lo mismo sucederá en el caso de que el que recibió las ropas para limpiarlas ó cuidarlas, ó el sastre, solo sean solventes en parte (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 205, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Ulpiano. (§. 10, ley 53, tít. II, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo (§. 205, Com. III de sus Inst.)
(*d*) Conforme con Javoleno. (Ley 114, tít. XVI, lib. L del Dig.)

Comentario.

Bonæ fidei emptori subreptâ re. —Entiéndase esto del caso en que al comprador de buena fé se haya entregado la cosa.

Non alitèr quàm si solvendo. —Ulpiano (1) dice: *qui non habet quod pèrdat, ejus periculo nihil est.* Siendo insolventes los que están obligados á indemnizar al que les entregó la cosa, el interés verdadero de que no sea hurtada es de los dueños, como que estos en último resultado han de experimentar la pérdida. Por este motivo, á los dueños es á quienes se concede en tal caso la accion de hurto.

Et, si in partem solvendo. —No se entiende que es solvente el que no puede pagar todo lo que debe, como dice Javoleno en el lugar citado en los orígenes.

16 Quæ de fullone et sarcinatore diximus, eadem et ad eum, cui commodata res est, trasferenda veteres existimabant: nam ut ille fullo mercedem accipiendô custodiam præstat, ità is quòquè, qui commodum utendi percipit, similitèr necesse habet custodiam præstare (*a*). Sed nostra providentia etiam hoc *in decisionibus nostris* emendavit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversùs eum, qui rem commodatam accepit,

Los antiguos aplicaron al comodatario lo que hemos dicho del sastre y de aquel á quien se dán los vestidos para que los limpie y cuide, porque así como este por la merced que recibe se obliga á responder de la custodia de la cosa, asi tambien se obliga el comodatario, por las ventajas que produce el uso de ella (*a*). Pero nuestra prevision ha corregido este punto en nuestras decisiones, de modo que está en la voluntad del dueño 16

(1) §. inicial, ley 12, tít. II, lib. XLVII del Dig.

movere desiderat, sive furti adversùs eum, qui rem sobripuit, et alterutrâ earum electâ, dominum non posse ex pœnitentiâ ad alteram venire actionem. Sed si quidèm furem elegerit, illum, qui rem utendam accepit, penitùs liberari. Sin autem commodator veniat adversùs eum, qui rem utendam accepit: ipsi quidèm nullô modô competere posse adversùs furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodatâ convenitur, posse adversùs furem furti habere actionem. Itá tamen, si dominus sciens, rem esse subreptam, adversùs eum, cui res commodata fuit, pervenit: sin autem nescius, ei dubitans, rem non esse apud eum, commodati actionem instituit, posteà autem, re compertâ, voluit remittere quidèm commodati actionem, ad furti autem perveniri, tunc licentia ei concedatur, et adversùs furem venire, nullô obstáculô ei opponendô, quoniam incertus constitutus movit adversùs eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem (nisi dominô ab eô satisfactum est: tunc etenim omnimodô furem à dominô quidèm furti actione liberari suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodatâ domino satisfecit), cum manifestissimum est, etiam si ab initiô dominus actionem instituit commodati, ignarus, rem esse subreptam, posteà autem, hoc ei cognitô, adversùs furem transivit, omnimodô liberari eum, qui rem commodatam accepit, quemcumque causæ exitum dominus adversùs furem habuerit; eâdem definitione obtinente, sive in partem, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam accepit (*b*).

de la cosa ó bien intentar la accion de comodato contra el comodatario, ó la accion de hurto contra el ladron; pero elegida una de estas acciones, no puede arrepentirse despues entablando la otra. Si elige la de hurto contra el ladron, queda del todo libre el comodatario; si elige la accion de comodato contra el comodatario no puede entablar contra el ladron la de hurto, pues esta pertenece al comodatario, contra quien se ha entablado accion para que responda de la cosa dada en comodato. Esto se entiende en el caso de que el dueño haya entablado la accion de comodato cuando sabia que la cosa habia sido hurtada; mas si no sabiendo ó dudando que la cosa no estuviese en poder del comodatario, entablara la accion de comodato, y despues teniendo conocimiento del hurto quisiera abandonar la accion de comodato y entablar la de hurto, podrá hacerlo sin que nada se le oponga, porque en la incertidumbre del hecho fué como entabló contra el comodatario la accion de comodato (esto tiene lugar á no ser que el dueño haya sido satisfecho por el comodatario, en cuyo caso el ladron, con respecto al dueño, queda absolutamente libre de la accion de hurto, pero sujeto á la que contra él entable el comodatario que ha pagado al dueño) siendo del todo evidente que si al principio el dueño entabló la accion de comodato ignorando que la cosa hubiera sido hurtada, y cuando lo supo se dirigió contra el ladron, el comodatario queda del todo libre, cualquiera que sea el éxito de su accion contra el que hurtó: indiferente es para el caso el ser total ó parcialmente solvente el comodatario (*b*)

ORÍGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 206, Com. III de sus Inst.)
(b) La constitucion á que aqui alude es la ley 22, tit. II, lib. VI del Cód.

Comentario.

In decisionibus nostris.—En la introduccion histórica á esta obra he hecho ya mencion de las cincuenta leyes que con el nombre de *decisiones* sancionó Justiniano entre la publicacion de sus dos Códigos, para decidir algunas controversias que se agitaban por los antiguos jurisconsultos. Por lo demás la doctrina de este texto es tan clara que no necesita mayor ampliacion.

17 Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non præstat*, sed tantùm in eô obnoxius est, si quid ipse *doló malô* fecerit: quâ de causâ, si res ei subrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest, rem salvam esse, furti agere non potest, sed furti actio domino competit.

El depositario no está obligado de la custodia de la cosa, sino que solamente es responsable por el dolo que comete: por cuya razon, si le ha sido hurtada la cosa dada en depósito, como no está obligado á restituirla, tampoco tiene interés en su conservacion, y por lo tanto no corresponde á él sino al dueño la accion de hurto. 17

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 207, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Custodiam non præstat.—La regla que aquí se dá es consiguiente á la teoría expuesta al hablar de la prestacion de culpas en los contratos. No se crea que hay una contradiccion entre esto y lo que se dice al definir generalmente el depósito, á saber, que en él se entrega á uno la cosa para que la custodie ó la tenga en custodia: porque en esta definicion las palabras *custodiar* y *custodia* se toman en su sentido gramatical, en el de conservar, en el de tener en su poder una cosa; no en el sentido jurídico que presenta la palabra *custodia* en este texto, es decir, significando la obligacion especial que tiene alguno en ciertos casos de velar diligentemente por la guarda y conservacion de la cosa que á otro corresponde, y que le hace responsable de su desaparicion. El depositario, por regla general, no es custodio.

Dolô malô.—En otro lugar (1) se ha manifestado ya que el de-

(1) §. 3, tit. XIV, lib. III de estas Inst.

positario, cuando no hay convencion en contrario, no responde mas que del dolo, al que se equipara la culpa lata.

18 In summâ sciendum est, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendô furtum faciat. Et placet, quia furtum ex affectu consistit, *ità demùm obligari* eò crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.

Finalmente, conviene saber que ha habido cuestion acerca de si el impúbero, apoderándose de la cosa de otro, comete hurto. Como el hurto consiste en la intencion de hurtar, solo quedará obligado por este delito si estuviere próximo á la pubertad y por lo tanto supiere que delinque. 18

ORÍGENES.

Tomado casi literalmente de Cayo. (§. 208, Com. III de sus Ins.)

Comentario.

Ità demùm obligari.—No hay delito sin intencion: así es que los que por razon de su edad no tienen el discernimiento necesario para conocer la importancia y gravedad de sus acciones, no delinquen propiamente hablando, aunque cometan un acto ó una omision contraria á la ley penal. La línea de separacion que tomaron los romanos para calcular si debian reputar capacidad de delinquir en el agente, fué la proximidad á la infancia ó á la pubertad; línea de separacion que ya sirvió al Emperador en otro lugar (1) á fin de fijar si los pupilos tenian capacidad para obligar á otros á si.

19 *Furti actio*, sive dupli, sive quadrupli, tantùm ad pœnæ persecutionem pertinet: nam ipsius rei persecutionem extrinsecùs habet dominus, quam *aut vindicandô aut condicendô* potest auferre. Sed vindicatio quidèm adversùs possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet; condictio autèm adversùs ipsum furem hæredemve ejus, licèt non possideat, competit.

La accion de hurto, sea del duplo, sea del cuádruplo, tiene por único objeto la persecucion de la pena; porque fuera de esto el dueño tiene la persecucion de la cosa, que puede conseguir ó por la reivindicacion ó por la condiccion. La reivindicacion corresponde contra el poseedor, bien sea el que posea el ladron ú otro cualquiera: mas la condiccion corresponde contra el ladron y su heredero, aunque no posea. 19

ORÍGENES.

Conforme con Paulo. (§. 13, tít. XXXI, lib. II de sus Sentencias.)

---

(1) §. 9, tít. XIX, lib. III.

Comentario.

Furti actio.—De todo lo dicho en los párrafos que anteceden, se infiere que la accion de hurto es *la que compete á aquel á quien interesa que la cosa no hubiera sido hurtada, y á sus sucesores, contra cada uno de los autores y cómplices del hurto para que paguen respectivamente el cuádruplo, ó el duplo, segun sea ó no el hurto manifiesto.* Esta accion, que como se verá en otro lugar es penal, no pasa contra los herederos, y en ella no está contenida ni la misma cosa hurtada ni su estimacion.

Aut vindicandô.—El dueño de la cosa hurtada, en virtud de su dominio, tiene la reivindicacion, cualesquiera que sean las manos á que la cosa haya pasado: accion de que se hablará especialmente en el título de acciones, y que siempre se dá contra el poseedor, sea quien quiera, ó contra el que ha dejado de posseer con mala fé; y como el ladron se halla en este último caso, de aquí es que siempre puede dirigirse contra él la accion real. Además de esta accion, y con el objeto de prepararla, corresponde tambien al dueño la accion *ad exhibendum*.

Aut condicendô.—Regla general es, como se expondrá en su lugar, que la accion personal se dá para conseguir lo que se nos debe, no aquello que es nuestro: de consiguiente, si bien el dueño de una cosa tiene la reivindicacion, no puede tener la condiccion; acciones incompatibles. Hay sin embargo, segun advierte el texto, la escepcion de que el ladron puede ser perseguido por una ú otra; desviacion de la regla general, establecida en odio de los ladrones (1). La condiccion en este caso tiene el nombre de *condiccion furtiva*, y puede definirse: *la accion personal que compete al dueño de la cosa y sus herederos contra el ladron y sus herederos, pero no contra los cómplices, para que restituyan la cosa hurtada con todas sus accesiones, y si no la tienen, les indemnicen de todos los perjuicios que les hayan ocasionado* (2).

Réstame solo advertir que la accion de hurto, como que solo tiene por objeto la pena pecuniaria á favor de aquel á quien interesa que el hurto no se hubiera cometido, puede entablarse sin perjuicio de la reivindicacion ó de la condiccion furtiva, cuyo objeto es diferente. No sucede lo mismo con la reivindicacion y con la accion furtiva; porque cuando ha conseguido el dueño por una de ellas, bien sea la misma cosa ó bien su estimacion, no puede entablar la otra (3).

Antes de poner fin á este título debo hablar de dos acciones inte-

---

(1) §. 14, tit. VI, lib. IV de estas Ins.
(2) Leyes 3, 5 y 6, tít. I, lib. XIII, del Dig.
(3) §. inicial, ley 8: ley 10; y §. 2, ley 14, tit. I, lib. XIII del Dig.

resantes que tienen íntima relacion con él: estas son la acusacion *expilatæ hæreditatis* y la accion *rerum amotarum*.

Por una sutileza del derecho romano se consideraba que no podia cometerse hurto en la herencia yacente, ó en la que habia sido adida, antes de que el heredero la poseyese: el fundamento de esto era que no cabia hurto cuando no habia persona á quien se hurtara. De aqui se infiere que si la cosa estaba dada en prenda, ó en comodato, ó si otro tenia el usufructo de ella, habia lugar á la accion de hurto, porque en estos casos existia una persona interesada en que el hurto no se hiciera. Mas para que no quedase impune el que sustraia alguna cosa de la herencia yacente, ó de que no tenia aun posesion el heredero, se estableció el crimen *expilatæ hæreditatis*, que se castigaba con una pena extraordinaria (1). Su acusacion era subsidiaria, y solo tenia lugar en defecto de toda otra por la que pudiera conseguirse el castigo del ladron (2). Tenian derecho á entablarla los herederos y sucesores del difunto (3) contra los que habian sustraido cosas de la herencia, pero á nadie era lícito intentarla contra la mujer, porque contra ella no podia tampoco entablarse la accion de hurto (4), ni contra el coheredero, porque el perjudicado podia por la accion *familiæ erciscundæ* ser completamente indemnizado (5). Como las cosas hereditarias son comunes á todos los coherederos, si uno de ellos ha acusado y obtenido sentencia favorable contra el que ha sustraido alguna cosa de la herencia, esta decision aprovecha á los otros (6).

Esplicaré ahora la accion *rerum amotarum*. Aunque el cónyuge que con intencion de hurtar sustrae las cosas del otro cónyuge comete hurto, siendo por lo tanto furtivas en realidad las cosas sustraidas (7), y aunque aquel que con dañado intento ayuda á la sustraccion queda obligado por la accion de hurto (8); sin embargo, como dice el Emperador Justiniano (9), la ley misma se avergonzó de conceder una accion de esta índole contra persona tan íntimamente ligada con el que la habia de entablar (10), y dió la denominacion, no de cosas furtivas, sino la de *res amotæ* á las que fueron objeto del hurto. Pero para que el que cometia este delito cuando esperaba el divorcio, no gozase del fruto de su mala accion, se in-

(1) Ley 1, tít. XIX, lib. XLVII del Dig.
(2) Ley 6, tít. XXXII, lib. IX del Cód.
(3) Ley 4, tít. XIX, lib. XLVII, del Dig.; y leyes 3 y 4 del mismo título y libro.
(4) Ley 4, tít. XXXII, lib. IX del Cód.
(5) Ley 4, tít. XXXIV, lib. III del Cód.
(6) Ley 4, tít. XIX, lib. XLVII del Dig.
(7) Leyes 1 y 29, tít. II, lib. XXV del Dig.
(8) Ley 52, tít. II, lib. XLVII del Dig.
(9) § 1, ley 22, tít. II, lib. VI del Cód.
(10) Ley 2, tít. II, lib. XXV del Dig.

trodujo la accion *rerum amotarum.* Puede esta ser definida: la *accion que compete despues del divorcio al cónyuge y á sus herederos contra el cónyuge y sus herederos, para que devuelvan con aquello que interese las cosas que durante el matrimonio fueron sustraidas, ocultadas, vendidas, donadas ó consumidas por el otro, cuando el divorcio estaba ya á punto de verificarse* (1), *ó su estimacion.* De la definicion se infiere que la accion *rerum amotarum* no solo tiene lugar por el hurto, sino tambien por cualquiera clase de destruccion de la cosa en que un cónyuge lleve intencion de perjudicar al otro cónyuge. En esta accion debe tambien tenerse en cuenta hasta la comodidad que el cónyuge haya perdido (2), y no solo las cosas que existen, sino aun las que hayan dejado de existir (3), con arreglo á la estimacion que tuvieran en el tiempo en que se sustrajeron, ó en cuanto el cónyuge perjudicado jurase que valian (4). Antiguamente correspondia al marido el derecho de retencion de dote; pero Justiniano (5) lo derogó. El cónyuge no podrá oponer el beneficio de competencia contra esta accion (6). La accion *rerum amotarum,* como persecutoria de la cosa, es perpétua (7).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El derecho romano, modelo sobre el cual en materia civil se hallan calcadas las leyes de todos los pueblos civilizados, está muy lejos de tener en materia penal la misma importancia. Esta parte de la legislacion es sin duda de suyo la mas progresiva y variable por su inmediata é íntima relacion con los adelantamientos de la civilizacion, y en ella se reflejan mas de lleno las costumbres, los errores y las preocupaciones de la época en que se formula. Por esto se observa que todas las naciones, siguiendo el poderoso influjo de la edad en que vivimos, y trabajando para acomodar las leyes penales á las ideas dominantes en la sociedad, ideas preparadas con las profundas investigaciones de la ciencia en los últimos tiempos, han buscado otras bases que el derecho romano para hacer sus códigos penales, si bien

(1) §. 3, ley 3; §. 2, ley 17; y leyes 19 y 20, tit. II, lib. XXV del Dig.
(2) §. 4. ley 21 del mismo titulo y libro.
(3) §. 2, ley 17 del mismo titulo y libro.
(4) §. 1, ley 8; y leyes 9 y 29 del mismo titulo y libro.
(5) §. 5, ley única. tit. XIII, lib. V del Cód.
(6) §. 6, ley 21, tit. II, lib. XXV del Dig.
(7) §. 4, ley 6; y §. 5, ley 21 del mismo titulo y libro.

no desechando en globo todos sus principios, sino por el contrario dando cabida á algunos, compatibles con las nuevas doctrinas y con las nuevas exigencias de los pueblos modernos. Nuestra patria ha seguido este impulso universal; y si aun antes de regir el código penal sancionado en los últimos tiempos, una costumbre que tenia fuerza de ley habia venido á derogar el derecho antiguo respecto á la penalidad, este derecho en que aun resaltaba bastante el espíritu del romano, y que era duro en la generalidad y poco conforme con las costumbres suaves de nuestros dias, habia sido reemplazado por penas arbitrarias que estaban mas en armonía con la opinion pública y con los progresos de la ciencia. Entre estas reformas que han sido adoptadas por el código penal, hay dos muy interesantes de que haré aquí ligera indicacion, por la relacion que tienen con las materias de que en este título se trata. La primera consiste en que si bien á nadie se priva de perseguir criminalmente á los perpetradores de un delito, y con especialidad cuando ha refluido en su daño, ni de pedir la pena que la ley establece para su castigo, y aun se pregunta á los que están inmediatamente interesados si quieren mostrarse partes en el juicio, hay un ministerio público, órgano de la sociedad, que vigilante continuamente contra los infractores de las leyes penales, pide su castigo: cargo que debe cumplir persiguiendo los delitos y á los delincuentes, sin mas que con algunas ligeras escepciones que recomiendan el órden interior de las familias y la conveniencia de evitar la publicacion de actos cuyo mayor mal es á las veces el escándalo que producen. La segunda consiste en que no se aplican penas pecuniarias en beneficio del ofendido: las que las leyes establecen, entran en el fisco. Estas dos diferencias influyen mucho para conocer bien en qué se separan nuestras actuales leyes de las romanas: nadie, segun ellas, tiene un interés civil en la reclamacion y en la imposicion de una pena por la perpetracion de un delito; y en el caso de que la persona perjudicada no reclame el castigo, aun de los que los romanos llamaban delitos privados, existe una accion viva que se ejerce por funcionarios públicos, en virtud de la cual son castigados los autores de los hechos ú omisiones que la ley penal en su prevision califica de punibles.

Hechas estas observaciones generales, conviene tener presente que no corresponde al presente título de las Instituciones, con arreglo á la intencion del emperador Justiniano, tratar del castigo público y solemne de los que hurtan, sino que solo se habla en él de las obligaciones, en que incurren, con relacion á los dueños y á aquellos que tenian un interés en que el delito no se hubiera cometido; es decir, que se trata de la indemnizacion de los perjudicados, y de una pena que se impone á los culpables para que sirva de mayor reparacion á los ofendidos. Unicamente, pues, bajo este aspecto corresponde consi-

derar aquí el hurto: esto es, bajo el punto de vista de reparacion al ofendido. Acerca del particular nuestras leyes modernas establecen una teoría general para todos los delitos, no especial al presente tratado; sin embargo, la expondré aquí, por ser ocasion la mas oportuna que puede ofrecérseme.

La responsabilidad civil por los delitos ha sido admitida en todos los códigos modernos, que la tomaron de los romanos, y tiene por fundamento racional el que la justicia exige que cada uno repare los males que voluntariamente ha ocasionado. Nuestro código penal formula esta obligacion en concisas palabras: *toda persona responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente* (1); de lo que se infiere que todo el que ha sufrido un perjuicio capaz de apreciacion pecuniaria por consecuencia del delito que otro cometió, tiene una accion eficaz contra éste en razon de los daños que se le hayan ocasionado. Síguese asimismo que como el cómplice de un delito es responsable criminalmente, lo es tambien civilmente. Es claro que el perjudicado, además de esta accion que le compete para conseguir que se le indemnice, tendrá, si es dueño y se le ha hurtado ó robado la cosa, la reivindicacion para obtenerla de cualquiera persona en cuyo poder se halle. Respecto á la concurrencia de ambas acciones rige la misma doctrina establecida por el derecho romano, á saber, que la reivindicacion y la accion personal para consegir la indemnizacion se destruyen mútuamente, pues que seria opuesto al espíritu de la ley que una persona consiguiese la indemnizacion por dos lados diferentes.

El código vá mas adelante, estableciendo que respondan civilmente personas á quienes no exige responsabilidad penal. Por esto la exencion de responsabilidad criminal de los que por razon de su edad ó de su estado intelectual carecen del discernimiento y de la voluntad necesaria para delinquir, de los que han causado un daño en propiedad agena para evitar otro mayor, y de los que obran por impulsos de miedo, no alcanza á la responsabilidad civil; la cual se hace efectiva en los términos que paso á exponer.

Cuando los locos ó dementes son los que causan daño á un tercero, las personas que los tienen en guarda son responsables civilmente por los hechos que aquellos ejecutan, á no hacer constar que no hubo por su parte culpa ni negligencia: cuando no hay guardador legal, responde con sus bienes el mismo loco ó demente, salvo el beneficio de competencia que le otorgan las leyes (2). La obligacion de indemnizar que se impone al guardador, proviene de que, á haber cumplido bien las obligaciones de su cargo, habria evitado el mal que causó el

(1) Art. 15.
(2) Regla 1.ª, art. 16 del Código penal.

que padecia enajenacion mental: así como la que se impone á éste nace de que cada uno debe reparar, en cuanto sea posible, el mal que ha ocasionado por un hecho propio, á la manera que se consideran carga de sus bienes los vestidos y los muebles que destruye.

Los menores de nueve años, y los mayores de nueve pero menores de quince que no hayan obrado con discernimiento, responden con sus propios bienes por su hechos (1); aunque la ley por otra parte, atendiendo á la corta edad de los primeros los declara siempre irresponsables criminalmente, y para considerar sujetos á pena á los últimos exije la declaracion expresa de que han obrado con discernimiento (2). Fúndase esto en que á pesar de que se considera que las personas constituidas en dichas edades no son capaces de apreciar en toda su extension la moralidad de sus acciones, ni de comprender bien sus consecuencias, no puede decirse que no conozcan el daño material que causan. Si no tuviesen bienes, sus padres ó guardadores responderán, del mismo modo que se ha dicho con relacion á los dementes (3).

Cuando para evitar un mal se ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad agena, y hayan concurrido las circunstancias que la ley exige para que no incurra en penalidad el agente, tampoco será éste civilmente responsable, pero sí las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, á proporcion del beneficio que hubieren reportado (4); lo cual, prescindiendo de las dificultades que en la ejecucion ocasiona, es justo en el fondo. Los tribunales señalan segun su prudente arbitrio la cuota proporcional de que cada interesado debe responder (5); y cuando no sean equitativamente asignables ni aun por aproximacion las personas responsables ó sus cuotas respectivas, ó cuando la responsabilidad se estienda al Estado ó á la mayor parte de una poblacion, y en todo caso siempre que el daño se hubiere causado con intervencion de la autoridad, está declarado expresamente que la indemnizacion se haga en la forma que establezcan las leyes ó los reglamentos especiales (6): leyes y reglamentos que aun no han sido publicados.

Si el que ha ocasionado el daño lo hizo por miedo ante la perspectiva de un mal mayor, serán responsables civilmente del mal los que hubieren causado el miedo, que son los verdaderos delincuentes: solo subsidiariamente y en defecto de ellos responderán los que hu-

---

(1) §. 1, regla 2.ª, art. 16 del Código penal.
(2) §§. 2 y 3, art. 8.
(3) §. 2, regla 2.ª, art. 16.
(4) §. 1, regla 3.ª del mismo artículo.
(5) §. 2 de la misma regla y artículo.
(6) §. 3 de la misma regla.

biesen ejecutado el hecho (1); pues aunque carecen de libertad, y por lo tanto la ley no los califica de criminales, se ha considerado que es mas justo que sobre ellos recaiga la pérdida que puede resultar, que sobre el perjudicado, el cual ninguna participacion moral ni material tuvo en el delito.

Las reglas que acabo de exponer, establecidas por nuestro derecho moderno para fijar la responsabilidad civil por actos que tienen íntima relacion con los delitos, aunque por ellos no sean punibles los que los cometen, no se refieren, como antes he dicho, al delito de hurto especialmente, sino que comprenden todos los delitos, y dan lugar á una accion civil que puede entablar el interesado sin perjuicio de la facultad de ejercitar tambien la accion criminal para pedir y obtener el castigo público que la ley señala á los criminales. No son por lo tanto las doctrinas que en este título quedan expuestas, peculiares á él, sino extensivas á todos los que hablen de obligaciones civiles, como provenientes de hechos criminales, aunque sean cometidos por personas á quienes la ley exime de responsabilidad penal.

Limitándome ahora á algunas de las materias que este título comprende, diré que las leyes de Partidas (2) imponian tambien la pena del cuádruplo por el hurto manifiesto, y la del duplo por el no manifiesto; que esto habia sido derogado por la práctica, segun la que solo criminalmente se castigaba el hurto, sin perjuicio de la indemnizacion civil del perjudicado; lo que se convirtió en ley despues de la publicacion del Código penal. Tambien establecian nuestras leyes (3) que si el comodatario usaba de la cosa mueble mas allá de aquello para que se le concedió, creyendo que lo hacia contra la voluntad de su dueño, cometia hurto, del mismo modo que el que la usaba teniéndola en depósito ó en prenda; pero no se consideraba así en la práctica, ni se considera tampoco en el Código penal, si bien el que obre de esa manera debe responder de los perjuicios que con este motivo se hayan ocasionado al dueño.

TITULUS II.

De vi bonorum raptorum.

TITULO II.

Del robo.

El robo es el segundo de los delitos privados de que habla el Emperador. Es un atentado contra la propiedad como el hurto, del cual

(1) Regla 4.ª, art. 16.
(2) Ley 18, tít. XIV; Part. VII.
(3) Ley 13 del mismo título y libro.

se diferencia en que se hace por medios violentos, por cuya razon algunos intérpretes lo han definido, *violenta rei alienæ ablatio*, y en que es delito más grave por la mayor alarma que difunde, por el mayor escándalo que produce, y por los mayores peligros á que compromete. Por esto era castigado en el órden criminal severamente por las leyes Julias de *vi publicâ* y de *vi privatâ* en juicio público, acusacion que podia entablar el robado en lugar de la que en el presente título se le concede. Mas no es este aspecto bajo el que aquí debe considerarse, sino bajo el de la indemnizacion civil y de la indemnizacion pecuniaria que otorga el derecho al ofendido.

Qui res alienas rapit, *tenetur* quidèm etiam *furti* (quis enim magis alienam rem invitô dominô contrectat, quàm qui vi rapit? ideôque rectè dictum est, eum improbum furem esse): sed tamen *propriam actionem* ejus delicti nomine *prætor introduxit*, quæ appellatur VI BONORUM RAPTORUM, et est in intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est etiam si quis unam rem, licèt minimam, rapuerit (*a*). Quadruplum autem non totum pœna est, et extra pœnam rei persecutio, sicut in actione furti manifesti diximus: sed in quadruplô inest et rei persecutio, ut pœna tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipsô delictô, sive non. Ridiculum est enim, levioris esse conditionis eum, qui vi rapit, quàm qui clàm amovet (*b*).

El que roba cosas agenas queda sin duda obligado por la accion de hurto; (porque ¿quién quita más la cosa agena contra la voluntad de su dueño que el que la roba? Por esto es, que del que comete este delito se dice con verdad que es un ímprobo ladron). Sin embargo, el pretor introdujo contra este delito una accion especial que se llama *vi bonorum raptorum*, y es el del cuádruplo durante un año, y despues del año solo del simplo. Esta accion es aplicable en el caso de que se haya robado una cosa por pequeña que sea (*a*). Mas no todo el cuádruplo es pena, ni además de la pena puede perseguirse la cosa, como hemos visto al tratar de la accion de hurto manifiesto, sino que en el cuádruplo está comprendida la persecucion de la cosa; de modo que la pena es del triplo, bien sea aprehendido el delincuente en el mismo delito ó no, porque seria ridículo que fuera de mejor condicion el que roba que el que hurta (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 209, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 5, ley 9, tít. IV, lib. XXXIX del Dig.)

Comentario.

Tenetur furti.— La palabra *furtum*, hurto, se toma ya en una acepcion mas lata, ya en otra mas estricta; del primer modo com-

prende al hurto tal como ha sido considerado en el título que antecede y al robo, y del segundo comprende solamente al hurto.

Propiam actionem prætor introduxit.—En un fragmento del Digesto (1) se han conservado las palabras del edicto del pretor: *si cui dolô malô, hominibus coactis damni quid factum esse dicetur, sive cujus bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur (intra annum, quô primùm de ea re experiundi potestas fuerit, in quadruplum, post annum in simplum), judicium dabo.* De aquí se infiere que para que hubiera lugar al edicto del pretor era necesario que se cometiese el despojo con intencion criminal, *dolô malô*, como en los demás delitos: por esto si creyendo alguno que una cosa era suya, la quitase al que reputaba sin derecho para retenerla, no quedaba sujeto á la accion *vi bonorum raptorum*. Infiérese tambien que ha de haber violencia, *hominibus coactis bona rapta*; pero no debe entenderse por estas palabras necesario para que haya lugar á la accion, que sea mas de uno el que haya sido robado y más de una la cosa robada; basta por el contrario que sea uno el robado ó una la cosa, por insignificante que sea su valor (2): por esto dice el texto, *etiam si quis unam rem, licêt minimam, rapuerit*. La accion *vi bonorum raptorum* tiene con la de hurto dos puntos de semejanza: el primero, que como ella solo tiene lugar en las cosas muebles (3); y el segundo, que se otorga á las mismas personas (4). Pero diferénciase 1.°, en que es mista de *rei persecutoria* y *pœnæ persecutoria*, porque en el cuádruplo está comprendida la estimacion de la cosa, lo cual no sucede en la accion de hurto que es puramente penal ó *pœnæ persecutoria*, porque el cuádruplo ó el duplo respectivamente se entienden fuera de la indemnizacion debida al ofendido; 2.°, en que bajo el punto de vista penal, es decir, por lo que hace al triplo, es anual, y no perpétua, como sucede con todas las acciones de su clase que dimanan del edicto del pretor; lo cual no se verifica tampoco en la penalidad de la accion de hurto, que segun se ha visto traia su origen de las Doce Tablas. La accion *vi bonorum raptorum,* como en su mayor parte es penal, no se dá contra los herederos del que robó, ni aun por el provecho que del delito ha podido resultarles: basta la condiccion para que por medio de ella consigan los dueños de lo robado la indemnizacion de los perjuicios que por el robo se les originaren (5).

Como al principio de este texto dice el Emperador que el que roba

(1) §. inicial, ley 2, tit. VIII, lib. XLVII.
(2) §§. 1, 2, 3, 4, 8 y 20, ley 2, tit. VIII, lib. XLVII del Dig.
(3) Ley 1, tit. XXXIII, lib. IX del Cód.
(4) §. 23, ley 2, tit. VIII, lib. XLVII del Dig.
(5) §. 27, ley 2 del mismo título y libro.

queda obligado tambien por la accion de hurto, es claro que la eleccion entre esta accion y la de robo, *vi bonorum raptorum*, corresponde al que tiene derecho de entablarlas, esto es, á aquel á quien interesa que la cosa no hubiera sido robada. Las circunstancias de cada caso deben indicarle lo que le sea mas favorable: cuando el robo reune los requisitos del hurto manifiesto, sin duda que tendrá mayor utilidad en entablar la accion que nace de él, porque independientemente de la reivindicacion y de la condicion furtiva, podrá obtener el cuádruplo: obtendrá tambien mayores ventajas si entabla la accion *furti nec manifesti*, despues del año de cometido el robo, porque por ella consigue el duplo á título de pena además del simplo que por reivindicacion ó por la condicion furtiva sacará siempre, al paso que la accion *vi bonorum raptorum* solo servirá para el simplo, ó lo que es lo mismo, para conseguir la indemnizacion de lo que se le robó. Elegida por el interesado una de estas dos acciones, no puede intentar la otra, á no ser para pedir lo que se contiene de mas en la accion que no haya ejercitado (1).

1 Quia tamen ità competit hæc actio, si *doló maló* quisque rapuerit: qui aliquô errore inductus, suam rem esse existimans, et imprudens juris, eô animô rapuit, quasi domino licèat rem suam etiam per vim auferre à possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eôdem hoc animô rapuit (*a*). Sed ne, *dùm talia excogitentur*, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam, meliùs *divalibus constitutionibus* pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licèt suam eamdem rem existimet; sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominiô cadere, sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solùm in mobilibus rebus, *quæ rapi possunt*, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam *in invasionibus*, quæ circa res soli fiunt,

Mas como esta accion solo se da contra el que con mala fé ha robado, de aqui dimana, que debe ser absuelto el que inducido por error, creyendo que una cosa era suya é ignorando el derecho, se apoderó violentamente de ella en la inteligencia de que el dueño podia quitar la cosa propia aun por medios violentos á aquel que la posee. Á esto es consiguiente que ni tampoco estará obligado por la accion de hurto (*a*). Mas para evitar que los que roban encuentren á la sombra de tales pretestos medios de llevar á cabo impunemente sus deseos criminales, las constituciones imperiales han mejorado el derecho acerca de este punto, estableciendo que nadie pueda apoderarse por la fuerza de un objeto mueble ó semoviente, aunque crea que es suyo. Si alguno quebrantare esta determinacion, perderá el dominio de la cosa; pero si es agena, despues de restituirla, pagará su valor. Las constituciones 1

(1) Ley 1, tit. VIII, lib. XLVII, del Dig.

ut ex hac causâ omni rapinâ homines abstineant (b).

no solo han declarado aplicable este precepto á las cosas muebles, sino tambien á las invasiones en los bienes raices, para que de este modo los hombres estén libres de toda clase de atentados violentos contra la propiedad (b).

ORÍGENES.

(c) Conforme con Ulpiano. (§. 18, ley 2, tit. VIII, lib. XLVII del Dig.)
(b) La constitucion á que se alude es la ley 7, tit. IV, lib. VIII del Cód.

Comentario.

Dolô malô.—Para cometer robo es menester tener intencion de perpetrarlo, porque como se ha dicho antes, es indispensable la intencion de delinquir para que haya delito. Por lo tanto el que se apodera violentamente de una cosa agena creyendo que es suya, si bien queda sujeto á otras penas, en los términos que explica el texto, no á la de robo ni á la de hurto.

Dùm talia excogitentur.—Era necesario, para evitar los desórdenes que resultarian de que cada uno se administrara justicia por su mano, impedir que se apoderase violentamente de las cosas el que era ó se creia dueño de ellas. Como segun queda dicho, no podia ser perseguido ni por la accion de hurto ni por la de robo, las constituciones imperiales establecieron el remedio eficaz de que habla el texto.

Divalibus constitutionibus.—La constitucion á que aqui alude Justiniano, citada en los orígenes, es de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio.

Quæ rapi possunt.—El verbo *rapere* y el sustantivo *rapina* se aplican solo á las cosas muebles; y en el sentido que este título los toma, corresponden á nuestras palabras *robar* y *robo.*

In invasionibus.—Las palabras *invadere*, *invasio* é *invasor*, tienen la misma significacion respeto á las cosas inmuebles, que las de *rapere, rapina* y *raptor* respecto á las muebles; unas y otras suponen despojo y violencia.

2 Sanè in hac actione non utiquè expectatur, rem *in bonis* actoris esse, nam sive in bonis sit, sive non sit, si tamen *ex bonis* sit, locum hæc actio habebit. Quare sive commodata, sive locata, sive pignerata, sive etiam deposita sit apud Titium sic, ut intersit ejus, eam

No es necesario para entablar esta accion que la cosa robada esté en los bienes del que la entabla, con tal que se encuentre entre sus bienes: así, bien se halle una cosa arrendada, ó dada en comodato, ó en prenda, ó aun en depósito á Ticio, con tal que tenga interés en que no 2

non auferri, veluti si in re depositâ culpam quoquè promisit, sive bonâ fide possideat, sive usumfructum in eâ quis habeat, vel quod aliud jus, ut intersit ejus non rapi: dicendum est, competere ei hanc actionem, ut non dominium accipiat, sed illud solum quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est quod ex substantiâ ejus ablatum esse proponatur. Et generalitèr dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clàm factá, ex iisdem causis omnes habere hanc actionem.

se la roben, como si siendo depositario hubiera prometido responder de la culpa, ó la posea de buena fé, ó le corresponda en ella el usufructo ó cualquier otro derecho en virtud del cual esté en su interés que el robo no se cometa, aquel á quien se ha robado, tiene una accion no para que le dén la propiedad, sino lo que ha perdido de entre sus bienes, esto es, de su fortuna. Y por regla general puede decirse que en todos aquellos casos en que se concede la accion de hurto cuando la cosa ha sido sustraida ocultamente, en los mismos se otorga la accion de robo.

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (§§. 22, 23 y 24, ley 2, tit. VIII, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

In bonis.—No se oponen en este lugar las palabras *in bonis* á las de *in dominió*, sino que se toman en un sentido más extenso, significando toda clase de propiedad.

Ex bonis.—Aluden estas palabras, como despues explica el texto, á las cosas que no siendo propiedad de aquel á quien fueron robadas, estaban entre sus bienes, y que por la obligacion que tiene de restituirlas le ocasionan diminucion en su patrimonio. Pero debo observar que algunas veces las palabras *in bonis* y *ex bonis*, á diferencia de lo que en este lugar sucede, representan una misma idea. (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Como en este título no se trata del robo considerándolo como un delito público, sino solo bajo el aspecto del interés privado de aquel contra quien se cometió, poco tengo que añadir á los principios generales que expuse al comparar las doctrinas romanas y españolas en el título que precede. Las leyes de Partidas (2) establecieron la pérdida

(1) Ley 1, tit. II, lib. XXXIII del Dig.
(2) Ley 11, tit. XIII, Part. V; y ley 10, tit. X, Part. VII.

del crédito y de la propiedad de la cosa contra los acreedores y contra los dueños que por autoridad propia y con violencia se apoderaban de las cosas de los deudores, ó de las suyas propias poseidas por otros; pero es comun opinion de nuestros intérpretes que no están en uso semejantes disposiciones.

La division que hace el Código penal (1) entre el robo cometido con violencia en las personas y con fuerza en las cosas, se refiere á la responsabilidad criminal, no á la reparacion civil.

TITULUS III.

De lege Aquilia.

TÍTULO III.

De la ley Aquilia.

Ulpiano (2) dice que la ley Aquilia fué un plebiscito dado á propuesta del tribuno Aquilio, y que (3) derogó todas las leyes anteriores respecto al daño hecho contra justicia, así de las Doce Tablas como otras cualesquiera. Este plebiscito se dió en el año 468 de la fundacion de Roma, y de él dimana una accion á que se dá, ya la denominacion *actio legis Aquiliæ*, ya la de *actio damni injuriæ*, y ya por último la de *damni injuria*. La ley Aquilia tenia tres capítulos, de que se tratará separadamente. Pero conviene antes de pasar adelante, explicar bien las palabras *damnum injuriâ datum*, que es el daño de que trata la ley objeto de este título. Por regla general, bajo la palabra *daño* en su acepcion mas comun, se comprende toda diminucion que se hace en una cosa agena, bien sea con lucro ó sin lucro, bien dejándola salva, ó bien destruyéndola ó corrompiéndola; mas en este lugar la palabra *daño* se limita al que se causa, ó bien destruyendo ó bien corrompiendo la cosa, y de consiguiente sin utilidad ninguna del que lo causa. La palabra *injuria* no se toma en el sentido que se dirá en el título siguiente, en que hace relacion, no á las cosas, sino á las personas; aquí quiere decir causando lesion al derecho de un tercero.

Damni injuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus *primò capite* cautum est, ut, si quis *hominem alienum*, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numerô sit, injuriâ occiderit, quanti ea res *in*

La accion de daño causado con injuria se halla establecida en la ley Aquilia, cuyo primer capítulo previene, que si alguno matare contra derecho al esclavo ageno ó á un cuadrúpedo ageno de la clase de los

(1) Cap. I, tit. XIV, lib. II.
(2) §. 1, ley 1, tit. II, lib. IX. del Dig.
(3) §. inicial, de la misma ley.

eô annô plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

que se guardan en ganados, sea condenado á pagar al dueño el valor mayor que la cosa hubiere tenido en aquel año.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (§. 210, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Primô capite.—Cayo en un fragmento de su Comentario al edicto provincial inserto en el Digesto (1), refiere los términos en que estaba concebido el primer capítulo de la ley Aquilia: *Qui servum servamve, alienum alienamve, quadrupedem vel pecudem, injuriâ occiderit, quanti id in eô annô plurimi fuit, tantum æs dare domino damnas esto.*

Hominem alienum.—La ley Aquilia al hablar de hombres se limitaba á los esclavos, porque los hombres libres no son capaces de valuacion; en el caso que se matase á uno de estos era aplicable únicamente la ley Cornelia *de sicariis*, si hubiera habido intencion de cometer el homicidio, como se manifestará al hablar de los juicios públicos.

In eô annô.—Es decir, en el año anterior contado desde el dia en que se hizo el daño.

1 Quod autem non præcisê de quadrupede, sed de eâ tantùm, quæ pecudum numerô est, cavetur, eô pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus, sed de his tantùm, quæ *propriè pasci dicuntur*, quales sunt equi, muli, asini, boves, oves, capræ (*a*). De suibus quoquè idem placuit: nam et sues pecudum appellatione continentur, quia et hi gregatìm pascuntur: sic deniquè et Homerus in Odysseâ ait, sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert:

Δήεις τὸν γ' σύεσσι παρήμενον' αι δὲ νέμονται.
Πὰρ Κόρακος πέτρῃ, επι τε κρήνῃ Α' ρεθούσῃ (*b*).

La ley no habla precisamente de un cuadrúpedo cualquiera, sino solamente de aquel que pertenece á la clase de ganados: así no se aplica á las bestias fieras, ni á los perros, sino solo á los animales de que se dice con propiedad que pastan juntos, como son los caballos, los mulos, los asnos, los bueyes, las ovejas y las cabras (*a*). Lo mismo se halla establecido respecto á los cerdos, lo que están comprendidos bajo la palabra *pecus*, porque pacen juntos; así lo dijo Homero en su Odisea, y repite Elio Marciano en sus Instituciones: 1

«Veíasele sentado, guardando sus puercos que estaban paciendo, al pié de la roca de Korax (del Cuervo), y sobre las márgenes de la fuente de Aretusa (*b*).»

(1) §. inicial, ley 2, tít. II, lib. IX.

ORÍGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§. 2, ley 2, tit. II, lib. IX del Dig.)
(b) Tomado de Marciano (§. 4, ley 65, lib. XXXII del Dig.)

Comentario.

Propriè pasci dicuntur.—Esto es, los animales que pastoreados pacen juntos. Aunque los elefantes y los camellos no pertenecian á esta clase, castigábase el daño causado en ellos por el primer capítulo de la ley Aquilia, porque como dice Cayo (1), hacen el mismo servicio que las bestias de carga, *jumentorum operam præstant.*

2 *Injuriâ* autem occidere intelligitur, qui nullò jure occidit. Itaque *latronem qui occidit*, non tenetur: utiquè si alitèr periculum effugere non potest.

Entiéndese que mata injustamente el que lo hace sin ningun derecho: así no está obligado el que mata al ladron, si de otro modo no puede evitar el peligro. 2

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (§§. inicial y 1, ley 5, tit. II, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Injuriâ.—En el ingreso de este título dije cómo debia comprenderse esta palabra. Para nada se computa en tal caso la intencion especial de dañar, como quedó indicado en el título primero de esto libro; basta que se haya hecho un daño sin derecho, aunque sea solo por culpa, *quod non jure factum est, hoc est, contra jus, id est, si culpâ quis occiderit.*

Latronem qui occidit.—El que en justa defensa mata á otro, ni moral ni legalmente queda obligado, si de otra manera no podia evitar el peligro de que se veia amenazado: en este caso obra en virtud de un derecho, y el daño que causa no se puede decir que se ha hecho contra justicia, *injuriâ.*

3 Ac ne is quidèm hac lege tenetur, qui casu occidit, *si modò culpa ejus nulla inveniatur*: nam alioquin *non minùs ex dolô, quàm ex culpâ* quis-
4 que hac lege tenetur (a). Itaque si quis, dùm jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id *à milite* quidèm *in campô*, eòque, *ubi solitum est exercitari*, admis-

No está obligado en virtud de la ley Aquilia el que mató por accidente, con tal que no haya culpa alguna por su parte: porque si es de otro modo, la ley no castiga menos la culpa que el dolo (a). Por lo tanto, si alguno mientras juega ó se ejercita en tirar dardos atravesare á tu esclavo al tiempo de pasar, debe distinguirse; porque si esta desgracia ha

3
4

(1) §. 2. ley 2, tit. II, lib. IX del Dig.

sum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admisserit, culpæ reus est. Idem juris est et de milite, si is in aliô locô, quam qui exercitandis militibus destinatus est,
5 id admisit (*b*). Itèm si putator, *ex arbore dejectô ramô*, servum tuum transeuntem occiderit, si propè viam publicam aut vicinalem id factum est, neque præclamavit, ut casus evitari possit, culpæ reus est; si præclamavit, neque ille curavit cavere, extra culpam est putator. Æquè extra culpam esse intelligitur, si seorsùm à viâ fortè vel in mediô fundô cædebat, licèt non præclamavit, quia eô locô nulli extra-
6 neo jus fuerat versandi (*c*). Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem, atque ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est (*d*).

sido causada por un soldado en el campo y en el sitio destinado á esta clase de ejercicios, se entiende que no hay culpa por su parte; si fuese otro, seria reo de culpa. Lo mismo debe decirse del soldado que mató á tu esclavo por accidente en otro lugar que aquel que estaba destina-
do á los ejercicios militares (*b*). Asi- 5
mismo, si un podador arrojando un ramo desde lo alto de un árbol matare á tu esclavo cuando pasaba, debe distinguirse: si se hallaba cerca de un camino público ó vecinal y no dió voces para que pudiera evitarse la desgracia, es reo de culpa; pero no lo es si dió voces y el esclavo no cuidó de precaverse. Tambien se entiende que está exento de culpa si podaba lejos del camino ó en medio de una heredad, aunque no diese voces, porque ningun extraño tenía derecho de pasar por aquel
lugar (*c*). Un médico despues de ha- 6
ber hecho una operacion á un esclavo tuyo, será reo de culpa si abandonase el cuidado de su curacion y por esto sucediere la muerte del esclavo (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 211, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 9, tit. II, lib. IX del Dig.)
(*c*) Conforme con Paulo. (Ley 31, tit. II, lib. IX del Dig.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§. inicial, ley 8, tit. II, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Si modò culpa ejus nulla inveniatur.—Para que nazca la accion de la ley Aquilia basta cualquiera clase de culpa: siendo de notar que únicamente con motivo de esta ley se encuentra la frase *culpa levissima* en el Cuerpo del Derecho de Justiniano: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (1). Ni debe parecer extraño semejante principio, especialmente en la parte que se refiere á la indemnizacion del daño causado, porque mas justo es que las consecuencias de la imprudencia recaigan

(1) §. inicial, ley 14. tit. I, lib. IX del Dig.

sobre el que la cometió, que sobre un tercero completamente inculpable.

Non minùs ex dolô, quàm ex culpâ.—Parece que el Emperador debia haber dicho al contrario *non minùs ex culpâ, quàm ex dolô*, porque respecto del dolo no cabia la menor duda.

A milite in campô, ubi solitum est exercitari.—Exígense copulativamente las dos circunstancias, de que el que causa el daño sea soldado y de que esté ejercitándose en el sitio destinado al efecto: faltando alguna de ellas ha lugar á la accion de la ley Aquilia (1). Por analogía parece tambien que deben considerarse exentos de culpa los que, aunque no militen, se ejercitan en el uso y manejo de las armas en dias y lugares en que esto se acostumbra hacer, porque en tal caso la imprudencia y la culpa no pueden atribuirse al que involuntariamente causó el daño, sino al que por temeridad ó por descuido se expuso á él. Ulpiano (2), refiriéndose al jurisconsulto Mela, dice: «si »jugando algunos á la pelota, uno de ellos la arrojare con violencia de »modo que viniese á dar á la mano de un barbero que estaba afei»tando á un esclavo, y por consecuencia de esto quedase el esclavo »degollado, deberia estar obligado por la ley Aquilia aquel de quien »fuere la culpa. Próculo opinaba que la culpa era del barbero, si »ejercia su industria en el lugar en que se jugaba por costumbre, ó »en donde era muy frecuente el tránsito de la gente:» y añade despues, «que puede decirse que debe quejarse de sí mismo el que »se encomendó á un barbero que tenia puesta su silla en un lugar pe»ligroso. Fuera de toda duda se halla que si la imprudencia no estaba »de parte del barbero, sino del que jugabá á la pelota, contra este te»nia lugar la ley Aquilia.»

Ex arbore dejectô ramô.—La imprudencia en este caso no está en podar el arbol, sino en arrojar las ramas de modo que puedan dañar al transeunte.

7 *Imperitia* quoquè culpæ annumeratur (*a*), *veluti si medicus* ideò servum tuum occiderit, quod eum malè secuerit, aut perperàm ei me-
8 dicamentum dederit (*b*). *Impetu* quoquè *mularum*, quas mulio propter imperitiam retinere non potuerit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed et, si propter infirmitatem retinere eas non potuerit, cum alius firmior retinere potuisset, æquè culpæ tenetur. Eadem

La impericia se considera tambien 7
como culpa (*a*), por ejemplo, si un médico matare á un esclavo por haberle hecho mal una operacion ó por haberle dado un medicamento
nocivo (*b*). Asi tambien si un mu- 8
latero no puede por impericia contener las mulas que están á su cuidado, será reo de culpa si tu esclavo fuere atropellado y muerto por ellas. Tambien será reo de culpa si por poca fuerza no ha podido rete-

(1) §. 4, ley 9, tit. II, lib. IX del Dig.
(2) §. inicial, ley 11 del mismo título y libro.

placuerunt de eô quoquè, qui, cum equô veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit (c).

nerlas, con tal que otro mas vigoroso hubiera podido conseguirlo. Lo mismo sucederá respecto de aquel que no pudo contener al caballo en que iba, ó por poca fuerza ó por impericia (c).

ORÍGENES.

(a) Copiado de Cayo. (Ley 132, tit. XVII, lib. L del Dig.)
(b) Conforme con Cayo. (§. inicial, ley 8, tit. II, lib. IX del Dig.)
(c) Tomado de Cayo. (§. 1, ley 8 del mismo título y libro.)

Comentario.

Imperitia.—La impericia, por regla general, no es culpa; pero se considera como tal en aquellos que profesan un arte ó ciencia, si por un error ó por falta de suficiencia causaron un daño.

Veluti si medicus.—No deben confundirse los efectos naturales de las enfermedades con la impericia de los médicos llamados á curarlas. Difícil sin embargo debió ser en todos tiempos ejercitar la accion de la ley Aquilia por impericia de los médicos, cuyos errores como se ha dicho oportunamente sepulta la tierra, y cuyos beneficios el sol pone en descubierto.

Impetu mularum.—Tanto en este caso como en el del ginete que no tenia habilidad ó fuerza para dirigir el caballo, hay imprudencia y por lo tanto culpa, porque nadie debe querer aparentar la fuerza ó la habilidad de que carece.

9 His autem verbis legis, QUANTI IN EÒ ANNÔ PLURIMI FUERIT, illa sententia exprimitur, ut, si quis hominem tuum, qui hodiè claudus, aut luscus aut mancus erit, occiderit, qui in eô annô integer aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti is hodiè erit, sed *quanti in eô annô* plurimi fuerit. Quà ratione creditum est, *pœnalem esse hujus legis actionem*, quia non solùm tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquandò longè pluris: ideóque constat, *in hæredem* eam actionem *non transire*, quæ transitura fuisset, si ultrà damnum nunquam lis æstimaretur.

Por estas palabras de la ley, *cuanto mas valiere la cosa en aquel año*, se quiere decir, que si alguno matare á un esclavo tuyo que era hoy cojo, tuerto, ó manco, pero que en el mismo año habia tenido íntegros sus miembros ó valido un buen precio, esté obligado el que lo mató á pagar, no su valor actual sino el mayor valor que tuvo en el año. Por esta razon se ha creido que la accion de la ley Aquilia es penal, puesto que no solamente queda uno obligado por el daño que ha causado, sino á veces por mucho mas: y por lo tanto, esta accion no pasa contra los herederos, como sucedería si la condenacion no escediese del daño ocasionado. 9

Conforme con Cayo. (§ 214, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Quanti in eô annô.—Obsérvese una diferencia que hay, respecto á la estimacion de la cosa, entre esta accion y las de hurto y robo: en las últimas se trata de la verdadera valuacion del perjuicio, calculando el que se sigue al interesado por los hechos y acontecimientos posteriores á la perpetracion del delito; lo contrario sucede segun la ley Aquilia, en la cual la estimacion de la cosa no es la verdadera, sino la que pudo tener antes de cometerse el delito. Por eso dicen algunos intérpretes que la ley Aquilia tiene los ojos en las espaldas.

Pœnalem esse hujus legis actionem.—Basta para considerar como penal la accion de la ley Aquilia, el que la estimacion que con arreglo á ella se hace de la cosa, puede en alguna ocasion exceder de su verdadero valor; aunque muchas veces no sucede así, por no ser el valor de la cosa, al tiempo de sufrirse el daño, inferior al que hubiese tenido antes.

In hæredem non transire.—Esta accion se dá al heredero, pero no contra él, por ser penal, como sucede con todas las de su clase. Podrá sin embargo quedar obligado el heredero, por haberse enriquecido con el daño (1), ó en el caso de que hubiere sido contestada la demanda (2). Esto último se funda en que la contestacion á la demanda produce, como en su lugar manifesté, una verdadera novacion.

10 Illud *non ex verbis legis, sed ex interpretatione* placuit, non solùm perempti corporis æstimationem habendam esse, secundùm ea, quæ diximus, sed eò ampliùs, *quicquid prætereà*, peremptô eô corpore, *damni* vobis allatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquô institutum anteà quis occiderit, quàm is jussu tuô adiret: nam hæreditatis quoquè amissæ rationem esse habendam constat. Itèm, si ex pari mularum unam, vel ex quadrigâ equorum unum occiderit, vel ex comœdis unus servus fuerit occisus: non solùm occisi fit æstimatio,

Se ha decidido, no por las palabras de la ley sino por interpretacion, que no debe hacerse la estimacion solamente del cuerpo que ha perecido, con arreglo á lo que hemos dicho, sino tambien de todo el daño que su pérdida hubiere ocasionado; por ejemplo, si alguno matare à un esclavo tuyo, que ha sido instituido heredero por otro, antes de que ada la herencia por tú órden; porque en tal caso está fuera de toda duda que deberá tenerse en cuenta la pérdida de la herencia. Asi tambien, si uno matase una mula de un par, ó un caballo de un tiro 10

(1) §. 8, ley 23, tit. II, lib. IX del Dig.
(2) §. 1, tit. XII, lib. IV de estas Inst.

sed eò ampliùs id quoquè computatur, quantô depretiati sunt, qui supersunt.

de cuatro, ó un esclavo de una compañía de cómicos, no se valuará solamente la cosa perdida, sino que se computará tambien lo que por su causa hayan desmerecido las demás.

ORÍGENES.

Conforme con Cayo. (§. 212, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Non ex verbis legis, sed ex interpretatione.—Fundábanse los jurisconsultos en que el espíritu de la ley, aunque no su letra, exigia que se computaran cuantos perjuicios se hubieran originado al que sufrió el daño.

Quicquid præterea damni.—No se crea por esto que debe tomarse en cuenta el precio de afeccion (1).

11 Liberum est autem ei, cujus servus fuerit occisus, et privatô judiciô legis Aquiliæ damnum persequi, et *capitalis criminis eum reum facere.*

Aquel á quien han matado un esclavo, puede perseguir el daño por la accion privada de la ley Aquilia, ó acusar de crímen capital al perpetrador. 11

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 213, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Capitalis criminis eum reum facere.—Por triste que fuera en Roma la condicion de los esclavos, y á pesar de la consideracion de cosas que se les daba, frecuentemente se vé al legislador desentenderse de las consecuencias rigorosas que parecian inherentes á la institucion de la esclavitud, y volver á los principios del verdadero derecho natural. Segun manifiesta este texto, el que mataba al esclavo podia ser acusado como reo de crímen capital, esto es, en virtud de la ley Cornelia *de sicariis* de que se habla en el último título de la presente obra. Era lícito entablar esta accion criminal simultáneamente con la accion privada de la ley Aquilia (2).

12 *Caput secundum* legis Aquiliæ in usu non est.

El capítulo segundo de la ley Aquilia no está en uso. 12

ORÍGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 27, tit. II, lib. IX del Dig.)

---

(1) §. inicial, ley 33, tit. II, lib. IX del Dig.
(2) §. 9, ley 23 del mismo título y libro.

Comentario.

Caput secundum.—Hasta nuestros dias ha sido desconocido lo que contenia el segundo capítulo de la ley Aquilia. El célebre jurisconsulto Cujas creia que trataba de la utilidad que nos habian quitado dejando íntegra la cosa, por ejemplo, si alguno sin haber impuesto una servidumbre, quitaba luz á la heredad del vecino apartándose de la forma de los antiguos edificios. Heineccio con otros fué de opinion que este capítulo hablaba de la corrupcion del esclavo, y que se abrogó porque el Pretor despues prometió el duplo al que entablase la accion *de servô corruptô* que él introdujo, recurso mas beneficioso que el de la ley Aquilia, la cual solo ofrecia el duplo despues de la negacion. Una y otra conjetura han perdido toda su fuerza desde el descubrimiento de las Instituciones de Cayo, por las que consta que este segundo capítulo daba una accion para que se indemnizase completamente al estipulante ó á sus herederos, de los perjuicios que le hubiera causado el adstipulante que en fraude suyo hubiera libertado de la deuda al deudor por medio de la acceptilacion (1). Con solo traer á la memoria lo que en su lugar queda dicho respecto á las estipulaciones y á la acceptilacion, debe comprenderse esto perfectamente. El adstipulante podia destruir la obligacion en perjuicio del estipulante á quien pertenecia en realidad. Pero como independientemente de la ley Aquilia, tenia en este caso el estipulante contra el adstipulante, como dice tambien Cayo (2), la accion de mandato, podria tal vez ponerse en duda por algunos la verdadera utilidad que el estipulante reportaba de la accion de la ley Aquilia. Con solo observar que esta última accion, en el caso de negacion por parte del culpado era del duplo, se vendrá en conocimiento de que podia interesar al estipulante entablarla con preferencia á la de mandato. No estando las adstipulaciones en uso en tiempo de Justiniano, como en su lugar se ha visto, es claro que tampoco podia estarlo el segundo capítulo de la ley Aquilia, que á ellas se referia.

13 Capite tertiô de omni ceterô damnô cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ pecudum numerô est, *vulneraverit*, sive eam quadrupedem, quæ pecudum numerô non est, veluti canem aut feram bestiam, vulneravit, aut occiderit, hoc capite actio constituitur. In ceteris quoquè omnibus animali-

El tercer capítulo de la ley Aquilia se referia á todas las demás clases de daño. Por lo tanto, si alguno hiriere á un esclavo ó á un cuadrúpedo que corresponde á la clase de ganados, ó hiriere ó matare á un cuadrúpedo que no pertenezca á la clase de ganados, por ejemplo á un perro ó á una bestia fiera, por este 13

(1) §. 215, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. 216 del mismo Comentario.

bus, itèm in omnibus rebus quæ animâ carent, damnum injuriâ datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquàm potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere: ruptum enim intelligitur, quod quoquô modô corruptum est. Unde non solùm usta, aut fracta, sed etiam scissa, et collisa, et effusa, et quoquô modô perempta atque deteriora facta hôc verbô continentur (*a*); deniquè responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id immiserit, quô naturalis bonitas vini vel olei corrumperetur, ex hac parte legis eum teneri (*b*).

capítulo habrá lugar á una accion contra él. La misma parte de la ley Aquilia reprime el daño que se causa sin derecho á todos los demás animales y en todas las cosas inanimadas: asi nace de este tercer capítulo una accion si se ha quemado, roto ó quebrado alguna cosa, aunque bajo la denominacion de *ruptum* podian comprenderse todos estos casos, porque abraza todo lo que de cualquier manera se ha corrompido. De aquí es que no solamente se comprenden bajo semejante palabra las cosas quemadas ó quebradas, sino tambien las divididas, estropeadas, derramadas, destruidas, ó deterioradas de cualquier manera (*a*). Por último, se ha decidido que esté obligado por esta parte de la ley el que mezclare con el vino ó aceite ageno otra cosa que deteriore su calidad (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 217, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§ 15, ley 27, tit. II, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Vulneraverit.—La accion directa que nace del tercer capítulo de la ley Aquilia no tiene lugar por las heridas que se causan al hombre, porque como dice Ulpiano (1), nadie es dueño de sus miembros; pero se le concede la accion útil, no con relacion á su cuerpo que no admite estimacion, sino por los perjuicios que se le han ocasionado en la curacion, y por la imposibilidad de dedicarse á las ocupaciones que le eran lucrativas. Tambien puede conseguir esto un padre por el daño que hayan ocasionado al hijo de familia (2).

14 Illud palàm est, sicùt ex primô capite ità demùm quisque tenetur, *si dolô aut culpâ* ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ità ex hoc capite, ex dolô aut culpâ, de ceterô damnô quemque tene-

Es evidente que del mismo modo que uno queda obligado en virtud del primer capítulo de la ley Aquilia cuando mata por dolo ó por culpa á un esclavo ó á un cuadrúpedo, asi tambien en virtud del tercer ca- 14

(1) § inicial, ley 13, tit II, lib. IX del Dig.
(2) §. inicial, ley 7 del mismo título y libro.

ri (*a*). Hoc tamen capite non quanti in eô annô, sed quanti *in diebus triginta proximis* res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit. Ac ne PLURIMI quidèm verbum adjicitur. Sed Sabino rectè placuit, perindè habendam æstimationem, acsi etiam hac parte PLURIMI verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquiliô tribunô rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod primâ parte eô verbô usa est (*b*).

pítulo lo está igualmente por todos los demás daños cuando hay dolo ó culpa (*a*). Mas por este capítulo la obligacion del que ha hecho el mal no se regula por la mayor estimacion que tuviere la cosa en aquel año, sino solo por la que tuviere en los treinta dias inmediatos. No se añadió aquí lo palabra *plurimi*, esto es, el mas alto valor de la cosa; pero Sabino opinó acertadamente, que debía hacerse la valuacion como si esta palabra estuviese en la ley; porque la plebe romana que la estableció á propuesta del tribuno Aquilio, juzgó suficiente poner dicha palabra en la primera parte (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Paulo (§. 3, ley 30, tit. II, lib. IX del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 218, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Si dolô aut culpâ.—Asi por el tercer capítulo de la ley Aquilia como por el primero se castiga la culpa igualmente que el dolo: por esto dice Paulo (1), si alguno pegara fuego á un rastrojo ó á un zarzal suyo, y el fuego saliendo de su heredad causare daño á mies ó á viña agena, si esto hubiere sucedido por impericia ó negligencia, por ejemplo, si lo hiciere en un dia de viento, entonces será responsable, porque el que dá ocasion al daño, se entiende que ha hecho el mismo daño: otro tanto debe decirse de aquel que no estuvo á la mira ó no adoptó las disposiciones convenientes para que no saliese el fuego de su heredad; pero si despues de observar las reglas que la prudencia dicta sucediere el mal, por ejemplo, por haberse levantado repentinamente un viento fuerte, estará exento de culpa, y por lo tanto no quedará obligado por este capítulo de la ley Aquilia.

In diebus triginta proximis.—El capítulo tercero de la ley Aquilia establece una pena inferior á la señalada por el primero, porque considera de menor importancia y trascendencia el delito, ó la culpa, que en este caso se comete.

---

(1) §. 3. ley 30, tit. II, lib. IX del Dig.

16 Ceterùm placuit, ità demùm *directam* ex hàc lege *actionem* esse, si quis *præcipuè corpore suô damnum dederit*. Ideòque in eum, *qui aliô modô damnum dederit*, utiles actiones dari solent: velutì si quis hominem alienum aut pecus ità incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum tàm vehementèr egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet, vel in puteum descenderet, et is ascendendô vel descendendô aut mortuus, fuerit, aut aliquâ parte corporis læsus, utilis in eum actio datur. Sed si quis alienum servum de ponte aut ripâ in flumen dejecerit, et is suffocatus fuerit, eò, quod projecerit, corpore suô damnum dedisse non difficilitèr intelligi poterit: ideòque ipsâ lège Aquiliâ tenetur (*a*). Sed *si non corpore damnum fuerit datum*, *neque corpus læsum fuerit*, sed aliô modô damnum alicui contigerit, cùm non sufficit neque directa, neque utilis Aquilia, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, *in factum actione* teneri: veluti si quis, misericordiâ ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret (*b*).

Por lo demás la accion directa de la ley Aquilia solo tiene lugar contra aquel que ha causado el daño con su cuerpo. Contra aquel que lo ha causado de cualquier otro modo, solo se dan acciones útiles; por ejemplo, si uno ha encerrado al esclavo ó al ganado ageno, de modo que perezca de hambre, si ha hecho correr tanto á un caballo que lo reviente, ó ha acosado el ganado de manera que se precipite, ó ha persuadido al esclavo ageno para que suba á un árbol ó baje á un pozo, y el esclavo subiendo ó bajando se mata ó causa lesion en cualquier parte del cuerpo, es responsable por la accion útil. Mas si alguno desde el puente ó desde la ribera arrojase al rio al exclavo ageno, y este se ahogare, como aquel es el que lo ha precipitado, debe decirse sin dificultad que le ha causado el daño con su cuerpo, y por consiguiente que está obligado en virtud de la ley Aquilia (*a*) Pero si el daño no se ha ocasionado con el propio cuerpo, ni se ha causado lesion á otro cuerpo, sino que de diferente modo se ha hecho perjuicio á un tercero, como en este caso no competen ni la accion directa ni la útil de la ley Aquilia, el culpable queda obligado por una accion *in factum*: así sucede, por ejemplo, con el que movido de compasion, quita los grillos que tenia puestos el esclavo ageno con objeto de que huya (*b*). 16

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 219, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 1, ley 33, tit. II, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Directam actionem.—No se opone la frase *accion directa* á la de *accion contraria*, como sucede en los contratos bilaterales imperfectos ó intermedios. En este lugar la accion directa se opone á la *útil*, y es

la que dimana del mismo texto de la ley: accion útil, por el contrario, es la que en defecto de disposicion expresa de la ley, se introduce por la interpretacion y por la equidad; doctrina que se esplanará completamente al tratar de las acciones.

Præcipuè corpore suô damnum dederit.—Esto es, si uno por sí mismo ha sido instrumento del mal ocasionado, por ejemplo, hiriendo con su propia mano al esclavo ó rompiendo la cosa. El primero y tercer capítulo de la ley Aquilia hablaban, como este texto, del mal ocasionado por el cuerpo al cuerpo, *corpore in corpus;* no asi el segundo, que se referia al caso especial de que se ha tratado.

Qui aliô modô damnum dederit.—Cuando alguno habia causado materialmente el daño, pero sin que lo hubiera ejecutado con su cuerpo, *corpore,* la equidad aconsejaba que por razon de analogía fuera castigado con la pena de la ley Aquilia; así es que la jurisprudencia utilizó la accion que nacia de esta ley: y esto es lo que quiere decir el texto cuando habla de la accion útil concedida al perjudicado. El mismo texto pone ejemplos bien claros de casos en que esta accion tenía lugar: en todos se observa que la separacion de ellos y de los que producian la accion directa estaba fundada más en sutilezas que en motivos plausibles, lo cual justifica á la jurisprudencia que tan bien interpretó el espíritu de la ley. Mas á veces tambien se concedia la accion útil de la ley Aquilia cuando el daño habia sido causado con el cuerpo al cuerpo: así sucedia si el que perseguia el daño no era el dueño de la cosa, sino el poseedor de buena fé, el acreedor pignoraticio, el usufructuario, ó el usuario (1).

Si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit.—Si un cuerpo no ha sido destruido ó no ha desmerecido por el hecho de un tercero, no puede decirse que este se halla comprendido en la letra ni en el espíritu de la ley Aquilia, ó lo que es lo mismo, ni directa ni indirectamente.

In factum actione.—Si alguno ejecuta un acto en perjuicio de otro, y no hay una accion especial en virtud de la cual el perjudicado pueda conseguir la indemnizacion, se le da la accion *in factum*, accion supletoria para los casos en que de otro modo el perjudicado no puede conseguir su interés. Debo advertir aquí, que la accion útil de la ley Aquilia tambien es *in factum*, denominándosela así alguna vez en el Digesto, sin duda porque el que la entabla no puede fundarse en el derecho civil, por no encontrarse constituido en las circunstancias que este habia previsto, y que solo se da por interpretacion de la ley en los términos referidos. Mas la accion *in factum* de que se habla en la última parte del texto, nada tiene que ver con la otra: esta es pura

---

(1) §§. 8 y 10, ley 11, tít. II, lib. IX del Dig.

y simplemente *in factum*, accion introducida por el Pretor, sin relacion ninguna á la ley Aquilia.

Réstame solo advertir que la accion de la ley Aquilia, como penal, se dá en la totalidad contra cada uno de los que se han unido para causar un daño, y que la condenacion de uno no liberta á los demás (1): por la misma razon no se trasmite contra los herederos, á no ser en cuanto se hayan hecho más ricos (2). Cuando el culpable se negase á sujetarse á la ley, la condenacion será del doble (3), porque este es uno de aquellos casos en que tiene aplicacion la doctrina *lis infitiandô crescit*. Como gran parte del objeto de la ley Aquilia era la indemnizacion del daño causado, todo el que la hubiera ya conseguido no podia entablar la accion mas que por la diferencia que existiera entre la indemnizacion que obtuvo y la que debia dársele por la expresada ley; esto es, segun el valor que tuviera la cosa ó un año ó treinta dias antes en sus respectivos casos (4). Infiérese de aquí, que la eleccion de la accion, cuando el perjudicado tiene derecho á entablar dos ó más, es de éste, como sucede si el que hubiera causado el daño fuera un acreedor pignoraticio, un arrendatario, ó un depositario. Infiérese tambien que el que elige la accion de la ley Aquilia no puede entablar la otra que le competia; pero por el contrario, si elige la que dimana del contrato, la de la ley Aquilia solo quedará destruida en la parte que se refiera al valor verdadero de la cosa al tiempo de causarse el daño (5).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nada debo añadir á lo que respecto á la indemnizacion del daño causado de mala fé he expuesto en los títulos anteriores, al comparar nuestro derecho con el romano. La doctrina de la ley Aquilia fué admitida tambien por las Partidas (6); pero ya de antiguo habian observado nuestros escritores que la computacion del daño con relacion á lo que valia la cosa en el año ó en los treinta dias anteriores á haberse ocasionado, no estaba en uso. El código penal moderno (7) ha creido que debia no solo sujetar á la responsabilidad civil, sino castigar tambien criminalmente al reo de imprudencia temeraria.

---

(1) §. 2, ley 11, tit. II, lib. IX del Dig.
(2) §. 8, ley 23 del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 2 del mismo título y libro.
(4) §. 2, ley 34, tit. VII, lib. XLIV del Dig.
(5) §. 8, ley 7: ley 18; y §. 11, ley 27, tit. II, lib. IX del Dig.
(6) Tit. XV, Part. VII.
(7) Tit. XV, lib. II.

TITULUS IV.

De injuriis.

Generalitèr injuria dicitur omne, quod non jure fit; *specialitèr, aliàs contumelia*, que à contemnendô dicta est, quam Græci ὕβριν appellant, aliàs culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquiliâ damnum injuriâ accipitur, aliàs iniquitas et injustitia, quam Græci ἀδικίαν vocant. Cùm enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

TITULO IV.

De las injurias.

Injuria, en su acepcion general, quiere decir todo lo que se hace sin derecho: en un sentido especial unas veces significa el ultraje, *contumelia*, palabra que viene del verbo *contemnere*, á la que los griegos llaman ὕβριν; otras culpa, á la que los griegos llaman ἀδίκημα, como en la ley Aquilia se dice daño hecho con injuria; otras significa iniquidad é injusticia, á la que denominan los griegos ἀδικίαν. En este sentido se dice que el pretor ó el juez, cuando pronuncia una sentencia contra derecho, comete injuria.

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tit. X, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Generalitèr; specialitèr.—Este texto, al aplicar las distintas acepciones de la palabra *injuria*, es tan claro que no necesita comentarios.

Aliàs contumelia.—En este sentido se toma la palabra *injuria* en el título presente.

1 Injuria autem committitur *non solùm* cùm quis *pugnô*, puta, aut *fustibus* cæsus, vel etiam verberatus erit, sed etiam, si cui *convicium factum fuerit*, sive cujus bona, quasi debitoris, possessa fuerint ab eô, qui intelligebat, nihil eum sibi debere, vel si quis ad infamiam alicujus *libellum aut carmen* scripserit, composuerit, ediderit, dolôve malô fecerit, quò quid eorum fieret, sive quis *matremfamilias*, aut *prætextatum prætextatamve assectatus fuerit*, sive cujus *pudicitia attentata* esse dicetur; et deniquè aliis pluribus modis admitti injuriam, manifestum est.

Se comete injuria, no solamente 1 cuando se dá de golpes á uno, bien sea con el puño, ó con palo ó de cualquier otra manera, sino tambien si se le pone en espectáculo para escarnecerlo, ó se toma posesion de sus bienes como si fuese un deudor, sabiendo que nada debia, ó si se escribe, compone ó publica un libelo para infamarlo, ó haciendo dolosamente que alguna de estas cosas suceda, ó si se afecta seguir á una madre de familia, á un jóven, ó á una jóven que aun lleven la pretexta, ó si se atenta al pudor de alguno; y de otros modos diferentes.

ORÍGENES.

Tomado de Cayo. (§. 220, Com. III de sus Inst.)

Comentario.

Non solùm.—La injuria puede hacerse con palabras ó con hechos (1), pero en todo caso es menester que exista intencion de injuriar (2). Por tanto, los que no conocen el valor moral de sus acciones no pueden injuriar; en este caso se hallan el demente y el impúbero que no es capaz de dolo; si bien pueden ser injuriados, porque lo puede ser el que no conoce la injuria. Consecuencia de esto es, que el que pega á otro jugando ó luchando con él, no está obligado por la accion de injuria (3), ni el que maltrata al hombre libre que creia esclavo suyo.

Pugnô, fustibus—La injuria que se hace poniendo á uno violentamente las manos, es una injuria real (4): lo es tambien la que sin llegar á este extremo, se comete por medio de hechos que se dirijan á afrentar á alguno. Así sucederá en el caso de que para infamar á un hombre libre, se le reclame en juicio como si fuera esclavo (5); ó se entable contra él una demanda en concepto de deudor sin serlo (6); ó se le prohiba usar de las cosas públicas ó comunes (7); ó se mutile la estátua de uno de sus ascendientes (8), ó en otros casos semejantes.

Convicium factum fuerit.—Esto es, una injuria verbal; aunque no es necesario para que haya accion de injurias que estas se cometan con el escándalo de la mencionada en el texto. La palabra *convicium*, segun Ulpiano (9), trae su orígen de que son varios los que se reunen, ó los que juntos injurian á voces, *convicium autem dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc est à collatione vocum: cùm enim in unum complures voces conferuntur, convicium appellatur, quasi convocium.* Infiérese de aquí, que no toda injuria verbal está comprendida bajo la denominacion de *convicium*, sino la que se hace á voces y llamando la atencion, bien sea uno ó muchos los que griten. Por esto de cualquier otro modo con que se tratare de rebajar el buen nombre y la opinion de la persona (10) habrá injuria.

Suelen suscitar aquí los intérpretes algunas cuestiones, de que

---

(1) §. 1, ley 1, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §§. 1 y 2, ley 3 del mismo título y libro.
(3) §. 3 de la misma ley.
(4) §. 1, ley 1 del mismo título y libro.
(5) §. 9, ley 11 del mismo título y libro.
(6) §. 33, ley 15 del mismo título y libro.
(7) §. 7, ley 13 del mismo título y libro.
(8) Ley 27 del mismo título y libro.
(9) §. 4, ley 15 del mismo título y libro.
(10) §. 33, ley 15 del mismo titulo y libro.

haré una ligera indicacion. La primera es: si la verdad de la injuria escusa al injuriante. La opinion general es que escusa, en caso de que lo que se eche en cara sea un delito, porque, como dice Paulo (1), conveniente es que se sepan los hechos de los criminales; pero no cuando se trata de defectos físicos, ó de cosas cuyo descubrimiento no es interesante. La segunda cuestion es: si se libertará de la accion el que cuando injuria protesta que no tiene intencion de injuriar. En este punto tambien me parece acertada la opinion general de los intérpretes, que creen que una manifestacion hipócrita, desmentida por los hechos y que mas bien sirve para agravar que para atenuar la afrenta, no debe servir de escusa al que hace á una persona blanco de vituperio. Refiérese la última cuestion á si será lícito al injuriado volver injuria por injuria. Paréceme que en este caso, si ha de quedar al primer injuriado salvo el derecho para entablar accion por la que se le infirió, es necesario que la que él haga se limite solo á vindicar su honor ultrajado, por ejemplo, contestando al que le injuria que miente; pero si infiere otra injuria inconexa con la primera, implícitamente renuncia el derecho de quejarse, puesto que si fué injuriado, tambien ha sido injuriante.

Libellum aut carmen.—La injuria por escrito generalmente se computa en la clase de las injurias verbales; su especie principal es la del libelo infamatorio, *libellus* ó *carmen famosum*, injuria que por su gravedad y trascendencia y por la facilidad de cometerse impunemente ha sido siempre objeto de una represion severa. La ley de las Doce Tablas castigaba á su autor con la pena capital, pena mitigada posteriormente por la ley Cornelia, que solo imponia la de intestable (2), la cual era extensiva al que daba publicidad al libelo que encontraba y que debia destruir. Pero convienen generalmente los intérpretes en que esta pena solo debia tener lugar en el caso de que por el libelo se imputara á alguno un delito capital para crearle un peligro, porque entonces se verificaba que el autor de la injuria fuera castigado con la misma pena que merecia el delito que á otro atribuia, y que en los demás casos habria solamente lugar á una accion extraordinaria.

Matremfamilias.—Bajo esta denominacion se comprende aqui toda mujer que vive honestamente, bien sea casada ó viuda, ingénua ó libertina (3).

Prætextatum prætextatamve.—Esto es, el jóven ó la jóven que llevaban aun la pretexta, trage que no dejaban hasta llegar á la pubertad.

(1) §. inicial, ley 18, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 9, ley 5 del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 46, tít. XVI, lib. L del Dig.

Assectatus fuerit.—El verbo *assectari* significa aquí seguir á una persona sin hablarla, lo cual es una especie de injuria (1). Tambien se reputa injuria el incitar y provocar á las mujeres por medio de palabras seductoras (2), ó separarlas de la persona encargada de acompañarlas (3); mas se reputaba la injuria menor si las mujeres llevaban el traje de esclavas, y menor aún si vestian el de meretrices (4).

Pudicitia attentata.—Bajo estas palabras se comprenden todos los medios que se ponen en juego para atentar contra el pudor de una persona (5.)

2 Patitur autem quis injuriam non solùm per semetipsum, sed etiam *per liberos* suos, *quos in potestate habet*; itèm per uxorem suam, *id enim magis prævaluit*. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, *non solùm filiæ nomine* tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoquè et mariti nomine (*a*). Contra autem, si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest: defendi enim uxores à viris, non viros ad uxoribus, æquum est (*b*). Sed et *socer nurus nomine*, cujus vir in potestate est, injuriarum agere potest (*c*).

Recíbese una injuria no solo por sí mismo, sino tambien por los hijos que se tienen en potestad; y por la mujer propia, respecto á la cual ha prevalecido tambien esta opinion. Por lo tanto si hicieres una injuria á la hija de uno, que está casada con Ticio, no solamente podrá entablarse la accion de injurias en nombre de la hija, sino tambien en el de su padre, y en el de su marido (*a*). Por el contrario, si se ha hecho una injuria al marido, la mujer no puede entablar la accion; porque á los maridos corresponde defender á las mujeres, y no á las mujeres defender á los maridos (*b*). El suegro puede entablar la accion de injurias, en nombre de la nuera cuyo marido está en su potestad (*c*). 2

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 221, Com. III de sus Inst.
(*b*) Tomado de Paulo. (Ley 2, tít. X, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 3, ley 1 del mismo título y libro.)

Comentario.

Per liberos, quos in potestate habet.—Cuando se injuria a un hijo que está constituido en potestad del padre, realmente se cometen dos injurias, una á la persona injuriada, otra á aquella á quien está

(1) Ley 15, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §§. 15 y 20, Ley 15 del mismo título y libro.
(3) §§. 15, 16, 17, 18 y 19 de la misma ley.
(4) Dicho §. 15.
(5) Ley 10 del mismo título y libro.

sujeta (1); pero si el injurado es un esclavo, no habrá mas que una injuria, por las razones que en el párrafo siguiente se explican. Si alguno injuriase al hijo de familia creyendo que era padre de familia, realmente habrá solo una injuria al hijo, y no al padre (2); pero si sabia que era hijo de familia, aunque ignorase quién era su padre, no hay duda que nacerán las dos acciones de que se ha hablado (3). Es claro que el derecho de entablar la que compete en nombre del hijo pertenece al padre, del mismo modo que el de reclamar en el suyo propio (4). Cuando los hijos habian salido de la patria potestad, ageno era el padre á la injuria que se les inferia. En algunos casos permitia el Pretor que los hijos entablasen por si mismos acciones en razon de las injurias que se les habian hecho, por ejemplo, cuando el padre se hallaba ausente ó sin procurador (5).

Id enim magìs prævaluit.—La injuria que se hacia á la mujer que por contraer matrimonio segun uno de los ritos solemnes se hacia hija de familia, *conveniebat in manum viri*, era del mismo carácter que la de todos los hijos que estaban en potestad; y de consiguiente nacian las dos acciones de que antes se ha hecho mencion. Pero no era necesario que el marido tuviera la potestad de padre de familia sobre su mujer, para que por la injuria que á ésta se dirigia se reputara personalmente injuriado: el deber de proteccion que pesaba sobre él, bastaba para que sus personas se reputaran identificadas en el particular. Esto sin duda quieren decir las palabras del texto: *id magìs prævaluit.* El mismo derecho se hizo extensivo al desposado, respecto de las injurias que se hacian á su desposada (6).

Non solùm filiæ nomine.—Por esta combinacion resultaba á las veces, que de una misma injuria hecha á la mujer nacieran tres acciones: la que correspondia al marido ó al esposo en su propio nombre, la que competia á la mujer, y la que el padre tenia. Estas dos últimas debian ser ejercitadas por el padre.

Socer nurus nomine.—Cuando el marido estaba en potestad de su padre, y la mujer en la del suyo, nacian cuatro acciones: dos que podia ejercer el padre del marido, una en nombre suyo y otra en el de su hijo; y otras dos el padre de la mujer, una tambien en representacion de esta, y otra en nombre propio.

Por último debo advertir, que cada una de las diferentes acciones que nacian de una misma injuria daba lugar á distinta condenacion, segun la diferente posicion y dignidad de la persona ofendida,

(1) §. 9, ley 1, tit. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 4, ley 18 del mismo titulo y libro.
(3) §. 5, de dicha ley.
(4) Ley 41 del mismo titulo y libro.
(5) §. 10, ley 17 del mismo titulo y libro.
(6) §. 24, ley 15 del mismo titulo y libro.

de modo que podian ser diversas las penas respecto al padre, al hijo, á la mujer y al marido (1).

3 *Servis* autem ipsis quidèm *nulla injuria fieri intelligitur*, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos et uxores, sed ità, cùm quid atrocius commissum fuerit, et quod apertè ad contumeliam domini respicit. Veluti si quis alienum servum verberaverit, et in hunc casum actio proponitur; at si quis servo convicium fecerit, vel pugnô eum percusserit, nulla in eum
4 actio domino competit (*a*). Si communi servo injuria facta sit, æquum est, non pro eâ parte, quâ dominus quisque est, æstimationem injuriæ fieri, sed ex dominorum personâ *quia*
5 *ipsis fit injuria* (*b*). Quodsi ususfructus in servô Titii est, proprietas Mævii est, *magis Mævio injuria fieri intelli-*
6 *gitur* (*c*). Sed si liberô, qui tibi bonâ fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suô nomine is experiri poterit; nisi in contumeliam tuam pulsatus sit, tunc enim competit et tibi injuriarum actio. Idem ergo est in servô alienô bonâ fide tibi serviente, ut totièns admittatur injuriarum actio, quotièns in tuam contumeliam injuria ei facta sit (*d*).

No se considera á los esclavos co- 3
mo capaces de recibir una injuria, mas se reputa que el señor la recibe por ellos: esto no es en los mismos términos que respecto á los hijos y á las mujeres se ha dicho, sino solo cuando las injurias son atroces, ó de un modo claro van dirigidas al oprobio del señor del esclavo. Asi la accion de injurias se concede al señor en el caso de que alguno azotare al esclavo ageno; pero si uno se limitase á decirle palabras injuriosas ó á pegarle con la mano, no habrá nin-
guna accion contra él (*a*). Si se in- 4
juriase á un esclavo comun, la equidad dicta que la estimacion se haga, no con relacion á la parte de dominio que cada uno tenga, sino en razon de la persona de los señores, porque
estos son los injuriados (*b*). Si el 5
usufructo del esclavo corresponde á Ticio y la propiedad á Mevio, más bien se reputará que la injuria se
ha dirigido á este último (*c*). Si la 6
injuria se hiciere á una persona libre que te sirve de buena fé, no tendrás ninguna accion, porque el mismo injuriado podrá entablarla en su nombre; á no ser que se le haya hecho la injuria para ultrajarte, en cuyo caso te corresponderá la accion. Lo mismo debe decirse del esclavo ageno que te sirve de buena fé; la accion de injuria solo te corresponderá, en cuanto la injuria se haya hecho en tu ultraje (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 222, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 49, ley 15, tit. X, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 47, ley 15, tit. X, lib. XLVII del Dig.)
(*d*) Tomado de Ulpiano. (§. 48 de la misma ley.)

(1) Leyes 30 y 31, tit. X, lib. XLVII del Dig.

Comentario.

Servis nulla injuria fieri intelligitur.—El esclavo no tenia capacidad alguna jurídica, y no estaba de consiguiente en el mismo caso que el hijo de familia: la injuria que se le hacia no se reputaba como tal, á no ser que viniese á redundar en la persona de su señor, el cual entonces solo tenia una accion en nombre propio. La humanidad aconsejó en esta ocasion, como en tantas otras, una mitigacion del rigor de los principios. Al efecto introdujo el Pretor en su edicto una accion de injurias especial, cuando hubiese sido golpeado gravemente el esclavo ó sujetado á tormento sin órden de su señor, y prévio conocimiento de causa en los casos que tuviera menos gravedad (1). El conocimiento de causa era para fijar la condena con relacion á la injuria hecha al esclavo, teniendo en consideracion su calidad, su conducta, y el oficio que desempeñaba (2). Si las injurias eran leves ó no pertenecian á la clase de reales, ni estaban inferidas en un libelo infamatorio, no habia lugar á la accion de injurias, sino en cuanto vinieran á ceder en vituperio del señor (3). Mas aun en los casos en que la accion de injurias se daba por la hecha al esclavo, competia al señor entablarla, porque en él estaba absorbida la persona de su esclavo.

Quia ipsis fit injuria.—Entiéndese esto en el caso de que las injurias sean de aquellas que vengan á refluir en vituperio de los señores. Mas si se trata de perseguir la injuria hecha al esclavo sin consideracion á los señores por el remedio pretorio de que se acaba de hablar, la accion se dividirá entre ellos proporcionalmente á su parte de dominio.

Magis Mævio injuria fieri intelligitur.—Fundábase esto en la presuncion de haberse querido hacer la injuria al propietario; mas esta presuncion cede cuando los hechos demuestran que el escarnecido fuè el usufructuario y no el señor (4). Es claro que cuando no se trata del agravio hecho al señor ni al usufructuario*, sino de perseguir por la accion pretoria la injuria grave inferida al mismo esclavo, solo el señor es quien puede entablarla.

7 Pœna autem injuriarum ex lege duodecim tabularum propter membrum quidèm ruptum *talio erat*; *propter ossum* verò *fractum num-*

La pena de las injurias, segun las leyes de las Doce Tablas, era la del talion cuando se rompia un miembro; pero si solo se fracturaba un 7

(1) §§. 34 y siguientes, ley 15, tit. X, lib. XLVII del Dig.
(2) §. 44 de la misma ley.
(3) Dicho §. 44.
(4) §. 48, ley 15 del mismo título y libro.

mariæ pœnæ erant constitutæ, quasi in magnâ veterum paupertate. Sed posteà Prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare: ut judex vel tanti condemnet, quanti injuriam passus æstimaverit, vel minoris, proùt ei visum fuerit (*a*). Sed pœna quidèm injuriæ, quæ ex lege duodecim tabularum introducta est, *in desuetudinem abiit*; quæ autem Prætores introduxerunt, quæ etiam honoraria appellatur, in judiciis frequentatur. Nam secundùm gradum dignitatis vitæque honestatem crescit aut minuitur æstimatio injuriæ; qui gradus condemnationis et in servili personâ non immeritò servatur, ut aliud in servô actore, aliud in medii actus homine, aliud in vilissimô vel compeditô constituatur (*b*).

hueso, habia establecidas penas pecuniarias con relacion á la gran pobreza de los antiguos: mas despues los Pretores permitian á los que habian sufrido la injuria hacer la estimacion del daño, para que el juez condenase al culpable á pagar toda la estimacion ó la redujese segun lo conceptuase conveniente (*a*). La pena establecida por la ley de las Doce Tablas cayó en desuso; y la introducida por los pretores, que se llama tambien honoraria, es la que se sigue en los juicios. La valuacion de la injuria ya se aumenta, ya se disminuye, con arreglo al grado de dignidad y á la consideracion moral de que goza la persona injuriada: esta misma graduacion debe con razon observarse cuando los injuriados son esclavos, de modo que no se equiparen los que administran los negocios del señor con los que tienen un empleo de mediana clase, ó con los que están destinados á ocupaciones vilísimas, ó por último con los que se hallan aherrojados (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 223 y 224, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano (§. 44, ley 15, tit. X, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Talio erat.—Las palabras de la ley de las Doce Tablas referentes á la ruptura de un miembro, eran: SEI MEMBRUM RUPIT NI COM EO PACIT TALIO ESTOD, es decir, que si el que habia hecho la injuria de romper á otro un miembro no se arreglaba con él respecto á la indemnizacion que debia darle por el daño, el injuriado tenia el derecho de romperle otro miembro igual. La pena del talion, esta pena de venganza tan prodigada por los antiguos legisladores, fué adoptada tambien por los romanos, y seguida por mucho tiempo, hasta que los progresos de la civilizacion y de la ciencia consiguieron desterrarla.

Propter ossum fractum nummariæ pœnæ erant constitutæ.—La pena que se imponia en las leyes de las Doce Tablas por la injuria que se hacia al hombre libre rompiéndole un hueso, consistia en trescientos ases, y en ciento cincuenta cuando era esclavo el injuriado. Por injuria

mas leve, bien fuese real ó verbal, se incurria en la pena de veinticinco ases, SEI INIOURIAM FAXIT XXV ÆIRIS PŒNÆ SUNTOD.

In desuetudinem abiit.—La crueldad de las leyes de las Doce Tablas por una parte, y la insuficiencia de sus penas pecuniarias por otra, fueron causa de que el Pretor introdujese penas ya menos duras, ya tambien mas eficaces.

8 Sed et *lex Cornelia* de injuriis loquitur, et injuriarum actionem introduxit. Quæ *competit ob eam rem*, quod se *pulsatum* quis *verberatumve*, domumve suam vi introitum esse dicat (*a*). Domum autem accipimus, sive in propriâ domô quis habitat, sive in conductâ, vel gratis, sive hospitiô receptus sit (*b*).

Pero además la ley Cornelia trata de injurias, y ha introducido una accion para los casos en que alguno se queja de que le han pegado, le han apaleado, ó han entrado en su casa por fuerza (*a*). Entendemos aqui por su casa, ó bien la propia en que uno habita, ó la alquilada, ó aquella en que uno vive de valde ó está hospedado (*b*). 8

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. §. inicial, ley 5, tít. X, lib. XLVII del Dig.)
(*b*) Tomado de Ulpiano. §. 2 de la misma ley.)

Comentario.

Lex Cornelia.—Aunque comunmente se cree que la ley Cornelia de que aquí se trata era una ley especial que se referia á las injurias, es lo mas probable que sea la Cornelia *de sicariis*, de que se habla en el último título de estas Instituciones: ley que se hizo en la dictadura de Sila.

Competit ob eam rem.—A los tres casos que enumera el texto se limitaba la ley Cornelia, en la parte referente á las injurias.

Pulsatum verberatumve.—La diferencia que habia entre estas palabras, segun dice Ulpiano con relacion á Ofilio (1), era, que *verberare* significabá pegar causando dolor, y *pulsare* no causándolo.

9 *Atrox injuria* æstimatur vel ex factô (veluti si quis ab aliquô vulneratus fuerit, vel fustibus cæsus), vel ex locô (veluti si cui in theatrô, vel in forô, vel in conspectu Prætoris injuria facta sit), vel ex personâ (veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili injuria facta sit (*a*), aut parenti

La injuria se reputa atroz, ó por el hecho (por ejemplo, si alguno ha sido herido, ó maltratado con palos), ó por el lugar (como cuando la injuria se ha hecho en el teatro, en el foro ó á presencia del Pretor), ó por la persona (como cuando la injuria se ha inferido á un magistrado, ó á un senador por una persona de 9

(1) §. 1, ley 5, tít. X, lib. XLVIII del Dig.

patronoque fiat à liberis vel libertis: alitèr enim senatoris et parentis patronique, alitèr extranei et humilis personæ injuria æstimatur) (*b*), nonnumquàm et locus vulneris atrocem injuriam facit (veluti si in oculô quis percussus sit) (*c*); parvi autem refert, utrùm patrifamilias, an filiofamilias talis injuria facta sit; nam et hæc atrox æstimabitur (*d*).

condicion humilde (*a*), ó al ascendiente ó al patrono por sus hijos ó por sus libertos, porque de otro modo se estima la injuria inferida al senador, al ascendiente y al patrono, que la inferida á un extraño ó á una persona de condicion humilde) (*b*). En algunas ocasiones el lugar en que se causa la herida hace que la injuria sea atroz (como sucede cuando uno es herido en un ojo) (*c*). Poco importa que sea un padre ó un hijo de familia el que haya recibido tal injuria, porque en este último caso tambien será atroz (*d*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 225, Com. III de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 8, ley 7, tit. X, lib. XLVII del Dig.)
(*c*) Conforme con Paulo. (Ley 8 del mismo título y libro.)
(*d*) Copiado de Ulpiano. (§. 2, ley 9 del mismo título y libro.)

Comentario.

Atrox injuria.—Interesante es fijar bien la significacion de la frase *injuria atroz*, no solo por la diferencia que producia en cuanto á la represion penal (1), sino tambien porque á veces servia para conocer si era ó no lícito al injuriado entablar la accion de injurias. Así se ha visto en el párrafo tercero de este mismo título, que se requeria que la injuria hecha al esclavo fuera atroz para que pudiera su señor entablar accion en representacion de él; así tambien se halla establecido expresamente ser necesario que la injuria sea atroz para que el liberto tenga accion contra su patrono, ó el hijo que ha salido de potestad, contra su padre (2). El Pretor, al dar el juez y la fórmula, solia fijar el máximum de la pena; y aunque el juez podia condenar al injuriante en menor cantidad, sin embargo, imponia generalmente el máximum señalado, por respeto á la autoridad del Pretor (3).

10 In summâ sciendum est, de omni injuriâ eum, qui passus est, posse vel *criminalitèr* agere, *vel civilitèr*.

En fin, debe saberse que el que ha recibido injuria puede entablar una accion criminal ó una accion 10

(1) §. 22, tít. IV, lib. V de las Sentencias de Paulo.
(2) §§. 2 y 3, ley 7, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(3) §. 224, Com. III de las Instituciones de Cayo.

Et, si quidèm civilitèr agatur, æstimatione factâ, secundùm quod dictum est, pœna imponitur. Sin autem criminalitèr, officiô judicis extraordinaria pœna reo irrogatur (*a*): hoc videlicèt observandô, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique supra eos sunt, et *per procuratorem* possint actionem injuriarum criminalitèr vel persequi, vel suscipere, secundùm ejus tenorem, qui ex ipsâ manifestiùs apparebat (*b*).

civil. Si entabla la accion civil, hecha la estimacion, se impone una pena segun lo referido anteriormente: si entabla la accion criminal, entonces el juez en virtud de su oficio señala una pena extraordinaria al injuriante (*a*): mas en este caso debe observarse una constitucion del Emperador Zenon, que permite á las personas ilustres, y á los que son de una dignidad superior, intentar criminalmente la accion de injurias, ó defenderse de ella por medio de procurador, como puede verse mas claramente por su contexto (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Conforme con Marciano. (§. 1, ley 37, tit. X, lib. XLVII del Dig.)
(*b*) La constitucion á que se refiere es la ley 11, tit. XXXV, lib. IV del Cód.

Comentario.

Criminalitèr, vel civilitèr.—Lo mismo segun se ha visto sucedia con los delitos de hurtó y de robo, y aun con el de daño que se castigaba por la ley Aquilia en el caso que fuera muerto un esclavo. La accion de injurias, tal como aquí se considera, es una accion dirigida á obtener una condenacion pecuniaria á favor del injuriado, es una accion privada; pero podia tambien entablarse una accion pública criminal: así dice Paulo en sus Sentencias (1) que á veces llega á imponerse por castigo de las injurias la pena capital, á veces las de destierro, minas, relegacion á una isla, ó degradacion del órden á que se pertenecia (2); á veces penas arbitrarias y extraordinarias (3); á veces la de infamia (4), y por último, consta que á los esclavos que cometian una injuria atroz se castigaba con la de minas, y si era leve la injuria, despues de azotados, se los entregaba á sus dueños para que estuvieran temporalmente en prisiones.

Per procuratores.—Tanto el que entablaba la accion civil de injurias como el que se defendia de ella, podian hacerlo por medio de procurador, ó del tutor, ó de otro representante legítimo (5). Por el contrario, respecto á la accion criminal habia la regla general de que

(1) §§. 4 y 14, tit. IV, lib. V.
(2) §§. 8, 11, 14, 15 y 17 del mismo título y libro.
(3) §§. 7, 11 16, 17 y 21 del mismo título y libro.
(4) §§ 19 y 20 del mismo título y libro.
(5) §. 1, ley 42, tit. III, lib. III: y §. 2, ley 11, tit. X, lib. XLVII del Dig.

se débia comparecer personalmente al juicio. La constitucion del Emperador Zenon, de que habla el texto, fué un privilegio introducido á favor de las personas que llevaban el título de ilustres, ú otro superior.

11 Non solùm autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, hoc est, qui percussit; *verùm ille* quoquè continebitur, qui dolô fecit, vel qui curavit, ut cui mala pugnô percuteretur.

No solo está obligado por injuria el que la infirió, por ejemplo, el que pegó, sino tambien aquel que con mala fé hizo ó procuró que otro pégase. 11

ORÍGENES.

Copiado de Ulpiano. (§. inicial, ley 11, tít. X, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Verùm ille.—El que dá el mandato, ó el consejo, ó instiga para injuriar, debe ser considerado y castigado como injuriante (1).

12 Hæc actio *dissimulatione aboletur*: et ideò, *si quis injuriam dereliquerit*, hoc est statìm passus, ad animum suum non revocaverit, posteà, ex pœnitentiâ, remissam injuriam non poterit recolere.

Esta accion se extingue por el disimulo: y por lo tanto el que ha abandonado su injuria, esto es, no ha dado señales de resentimiento inmediatamente que la recibió, no puede, arrepintiéndose despues, volver á entablar la injuria que habia perdonado. 12

ORÍGENES.

Tomado de Ulpiano. (§. 1, ley 11, tít. X, lib. XLVII del Dig.)

Comentario.

Dissimulatione aboletur.—Como por la injuria se causa ofensa á la honra de una persona, es necesario tener en cuenta los sentimientos del que la sufre, no considerando como injuria lo que él no conceptúa así, ni oponiendose á que un perdon generoso extinga la accion en su orígen. Este es el fundamento de la doctrina del texto.

Si quis injuriam dereliquerit.—Aun en el caso de que la persona injuriada en el momento de recibir la injuria dé muestras de indignacion y resentimiento, si deja pasar un año sin querellarse judicialmente, la accion quedará extinguida (2); porque en el hecho de callar y no usar el remedio legal que le compete, se reputa que ha perdonado la injuria. Tambien se extingue esta accion por la muerte

(1) §§. 4, 5 y 6, ley 11, tít. X, lib. XLVII del Dig.; y ley 5, tít. XXXV del Dig.
(2) §. 6, ley 17, tít. X, lib. XLVII del Dig.; y ley 5, tít. XXXV, lib. IX del Cód.

del injuriado, puesto que como personal al ofendido, no pasa á los herederos; á no ser que ya hubiese sido contestada la demanda, porque la litis-contestacion perpetúa las acciones (1).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestro derecho penal moderno establece una línea de separacion entre la calumnia y la injuria, expresando que calumnia es la falsa imputacion de un delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio (2), y que injuria es toda expresion proferida ó accion ejecutada en deshonra, descrédito ó menosprecio de otra persona (3). De estas definiciones se infiere, que tanto la calumnia como la injuria están comprendidas bajo la palabra *injurias* de que se ha hablado en este título con relacion al derecho romano. El acusado de calumnia queda exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado (4): lo cual se funda en la conveniencia de que se averigüen los delitos que dan lugar á procedimiento de oficio, y de que puedan ser castigados sus autores. Las injurias se dividen tambien por nuestro derecho en graves y leves; pero tanto respecto á unas como á otras rige el principio de que no se admita prueba sobre la verdad de las imputaciones (5), sin duda porque de semejante justificacion ningun beneficio puede resultar á la sociedad: motivo por el que la ley no ha establecido el procedimiento de oficio. Sin embargo, en atencion al interés que tiene el Estado en el buen cumplimiento de los funcionarios públicos, se admite prueba cuando las injurias son dirigidas contra ellos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo: y en este caso el acusado es absuelto si prueba la verdad de las imputaciones (6). No es de este lugar explicar la penalidad, ya corporal, ya pecuniaria, que establece el Código para los que calumnian ó injurian: aquí solo corresponde tratar de las obligaciones civiles que el injuriante contrae respecto al injuriado, doctrina que por regla general queda expuesta al tratar del hurto, y que es extensiva á toda clase de delitos, como dejo allí manifestado.

(7) §. inicial, ley 13, tít. X, lib. XLVII del Dig.
(2) Art. 375 del Código penal.
(3) Art. 379.
(4) §. 1, art. 378.
(5) Art. 383.
(6) El mismo artículo.

TITULUS V.

De obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur.

TITULO V.

De las obligaciones que nacen como de un delito.

Al comenzar á tratar de las obligaciones se dijo que habia unas que dimanaban de un contrato, otras como de un contrato, unas de un delito, y otras como de un delito. Expuestas ya las doctrinas que corresponden á las tres primeras clases, resta solo hablar de la última. Los hechos obligatorios que no son contratos ni pueden contarse entre los cuasi-contratos, y por otra parte no estan calificados por la ley como delitos, careciendo por lo tanto de accion especial, dan lugar á una accion *in factum*, de la que se dice que es producida como de un delito, *quasi ex delictô, quasi ex maleficiô*. Respecto de estas frases debo recordar lo que dije de la de *cuasi-contrato*. En el uso comun, á los hechos de que trata este título, se da el nombre de *cuasi-delitos*, palabra que siguiendo el ejemplo del foro y de la escuela no tengo inconveniente en adoptar, porque evita rodeos, y consulta de este modo á la claridad.

Si judex *litem suam fecerit*, non propriè ex maleficiò obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est, et utiquè peccasse aliquid intelligitur, *licèt per imprudentiam*: ideò videtur quasi ex maleficiô teneri, et in quantum de eâ re *æquum religioni judicantis* videbitur, pœnam sustinebit.

Si un juez hiciere suyo el pleito, no puede decirse con propiedad que está obligado por un delito. Pero como no lo está tampoco por un contrato, y sin embargo ha cometido una falta aunque no sea mas que por ignorancia, queda obligado como por un delito, y debe ser condenado á la estimacion de la cosa, apreciada segun la equidad y conciencia del juez.

ORÍGENES.

Copiado de Cayo. (Ley 6, tit. XIII, lib. L del Dig.)

Comentario.

Litem suam fecerit.—Esta frase quiere decir que el juez se obliga á tomar sobre si la causa á cuyo favor falló, y á defenderla como suya, lo cual no sucedia solo en el caso de este texto, es decir, cuando el juez por ignorancia fallaba contra la justicia, sino tambien cuando cometia un verdadero delito, como por ejemplo, si el fallo injusto era dado por

amistad, por odio, ó por corrupcion (1). El juez que saliéndose de los límites de la fórmula señalada por el magistrado, condenaba en mas ó en menos de lo que se le habia prescrito, hacia tambien suyo el pleito (2). La accion *in factum* en estos casos se daba al demandante ó al demandado que tenia justos motivos de queja contra el juez, aunque fuera la sentencia nula *ipsô jure*, ó estuviera franco el remedio de la apelacion; porque bien podia suceder que el agraviado ó no quisiera ó no creyera útil acudir á los medios expresados, prefiriendo dirigirse contra el juez, como sucederia, por ejemplo, en el caso de que fuera insolvente su contrario.

Licèt per imprudentiam.—Si el fallo injusto del juez no fuere efecto de ignorancia sino de mala fé, habria, mas que cuasi-delito, un delito verdadero, en virtud del cual el juez quedaria sujeto no solo á la reparacion civil que lleva consigo el hacer suyo el litigio, sino al severo castigo, resultado de la accion criminal que compete contra los jueces que á sabiendas quebrantan sus deberes. Examinan muchos intérpretes la razon de diferencia que hay para que la impericia del médico se atribuya á delito y sea penable por la ley Aquilia, mientras que la del juez se cuente entre los cuasi-delitos: algunos sostienen que esto proviene de que el juez está constituido por autoridad pública, y aun á veces contra su voluntad, y que no profesa siempre la jurisprudencia; pero me parece mas fundada la opinion de los que dicen que la ley Aquilia solo castiga el daño hecho á un cuerpo, lo que se verifica por el médico, pero no por el juez.

Æquum religioni judicantis.—Es decir, la estimacion de los perjuicios que haya ocasionado el juez al litigante contra quien falló injustamente, tasados por lo que pareciere prudente al que conozca del negocio.

1 Itèm is, ex cujus cœnaculô, vel propriô ipsius, vel conductô, vel in quô gratìs habitabat, *dejectum effusumve aliquid est*, ità ut alicui noceretur, quasi ex maleficiô obligatus intelligitur: ideò autem non propriè ex maleficiô obligatus intelligitur quià plerumquè ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is, qui eà parte, quâ vulgò iter fieri solet, *id positum aut suspensum habet*, quod potest, si ceciderit, alicui nocere (*a*):

Igualmente aquel, que, bien como propietario, bien como inquilino, bien gratuitamente habita un cuarto de donde se haya arrojado ó derramado alguna cosa perjudicando á otro, está obligado como por un delito. No está obligado precisamente por su delito, porque con frecuencia esto es culpa de un esclavo ó de un descendiente. A este caso es semejante el del que en el sitio por donde se suele transitar tiene puesta ó suspendida alguna co- 1

(1) Ley 15, tít. 1, lib. V del Dig.
(2) §. 52, Com. IV de las Instituciones de Cayo.

quô casu pœna, decem aureorum constituta est. De eô verò, quod dejectum effusumve est, dupli, quanti damnum datum sit, constituta est actio. *Ob hominem verò* liberum *occisum* quinquaginta aureorum pœna constituitur; si veró vivet, nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur (*b*): judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, quæ in curatione facta sunt, præterea operarum, quibus caruit, aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est (*c*).

2 *Si filiusfamilias seorsùm à patre habitaverit*, et quid ex cœnaculô ejus dejectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est: Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipsô filiô agendum (*d*). Quod et in filiôfamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit (*e*).

sa, que si cayere puede perjudicar á alguno (*a*), en cuyo caso está establecida la pena de diez áureos. Pero respecto á las cosas arrojadas ó derramadas, la accion se da por el duplo del daño ocasionado. Si se matare así á un hombre libre, la pena es de cincuenta áureos; pero si siendo solamente herido viviere, la accion se dará por la suma que el juez repute equitativa atendido el caso (*b*): el juez debe computar los honorarios pagados á los médicos y los demás gastos de curacion, y la estimacion de los trabajos que no ha hecho ó que no ha podido hacer por la inutilidad á que se le redujo (*c*). Si el hijo de familia no ha- 2
bita con el padre, y de su habitacion se arroja ó derrama alguna cosa, ó bien tiene puesto ó suspendido un objeto que amenace peligro con su caida, Juliano fué de opinion de que no habia ninguna accion contra el padre, sino que debia dirigirse esta contra el hijo (*d*). Lo mismo debe observarse con el hijo de familia juez que hiciere suya la causa (*e*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 5, ley 5, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano (§§. inicial y 5, ley 1; y §. 6, ley 5, tít. III, libro IX del Digesto.
(*c*) Tomado de Cayo. (Ley 7, tít. III, lib. IX del Dig.)
(*d*) Tomado de Cayo. (§. 5, ley 5, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*e*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 15, tít. I, lib. V del Dig.)

Comentario.

Dejectum effusumve aliquid est. —Dos clases de cuasi-delitos comprende el texto: una que se refiere á las cosas que se arrojan y derraman desde una habitacion de modo que puedan perjudicar al transeunte; otra á las que se ponen ó suspenden sobre el sitio por donde suele transitarse, y que con su caida puedan causar algun perjuicio. Respecto á las cosas arrojadas y derramadas la ley Aquilia establecia una pena contra el que de esta manera causase daño á otro, aunque fuera solo por imprudencia; pues, como ya se ha visto, dicha

ley castigaba la imprudencia como delito. Pero el Pretor concedia una accion *in factum* contra el que habitaba la casa, fuese ó no fuese el autor del hecho (1), porque aun en el caso de que no fuera responsable por un hecho propio, éralo sin embargo por la falta de vigilancia.

In positum aut suspensum habet. — El mismo edicto del Pretor imponia la pena de diez áureos á los que tuvieran en sus ventanas ó en otra parte de sus edificios objetos que cayendo pudieran dañar, bien habitasen la casa ó no, bastando que fueran propietarios ó arrendatarios (2). Esta accion era popular, esto es, correspondia á cualquiera que quisiera entablarla, porque estaba introducida en favor de todos los ciudadanos; pero no competia contra los herederos, porque era penal (3).

Ob hominem verô occisum.—La pena de cincuenta áureos era fija, á diferencia de cuando el daño se habia causado á un esclavo ó á un objeto, en cuyo caso se imponia la pena del duplo del daño ocasionado, porque no siendo susceptible el hombre de estimacion, no podia tener lugar una regla invariable. Tambien cuando ocurria la muerte del hombre libre era popular la accion; sin embargo, si muchos querian ejercitarla, dábase la preferencia al mas interesado, por ejemplo, á los herederos y á los parientes del difunto (4).

Si filiusfamilias seorsùm a patre habitaverit. — No habia en este caso lugar á imponer al padre una pena, porque no podia imputársele falta de vigilancia. Por otra parte faltaban términos hábiles para compelerle á responder por el hijo respecto á la suma que importase el peculio, porque como mas adelante se verá, este no era responsable por las acciones penales que contra el hijo se entablaban (5). Tampoco en este caso competia la accion noxal, como sucedia cuando era un esclavo el que habia causado el daño, estando obligado entonces el señor ó á abandonar al esclavo, ó á indemnizar el daño ocasionado (6).

3 Itèm *exercitor navis*, aut cauponæ, aut stabuli, *de doló aut furtô*, quod in nave, aut in cauponâ, aut in stabulô factum erit, *quasi ex maleficiô teneri videtur*, si modô ipsius nullum est maleficium, sed ali-

El dueño de una nave, ó de una posada ó de un establo, está tambien obligado como por un delito á reparar el dolo ó el hurto que se cometa en la nave, posada ó establo, aunque no intervenga delito 3

(1) §§. 1 y 4, ley 1; y §. 2, ley 6, tit. III, lib. IX del Dig.
(2) §. 8, ley 5 del mismo título y libro.
(3) §. 13, ley 5 del mismo título y libro.
(4) §. 5, ley 5 del mismo título y libro.
(5) §. 10, tit. VI; y §. 5, tit. VII, lib. IV de esta misma obra.
(6) Tit. VIII, lib. IV.

cujus eorum, quorum operâ navem aut cauponam aut stabulum exerceret: cùm enim neque ex contractu sit adversùs eum constituta hæc actio, et aliquatenùs culpæ reus est, quod operâ malorum hominum uteretur, ideò quasi ex maleficiô teneri videtur (*a*). In his autem casibus in factum actio competit, quæ *hæredi* quidèm *datur, adversùs hæredem* autem *non competit* (*b*).

por su parte, sino por la de uno de aquellos de cuyo ministerio se vale para el servicio de la nave, de la posada ó del establo. En efecto, como la accion instituida contra él no dimana de un contrato, y hasta cierto punto es reo de culpa por valerse del servicio de malos hombres, se considera que está obligado como por un delito (*a*). En estos casos compete la accion *in factum*, la cual se da al heredero, mas no contra el heredero (*b*).

ORÍGENES.

(*a*) Copiado de Cayo. (§. 6, ley 5, tít. VI, lib. XLIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 13, ley 5, tít. III, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Exercitor navis.—No es precisamente el dueño de una nave el que responde de los daños que el texto refiere, sino el capitan, el patron ó la persona á cuyo cargo está el nombramiento y direccion de la tripulacion, sea ó no propietario de la nave. De este modo debe entenderse la palabra *exercitor* del texto.

De dolô aut furtò quasi ex maleficiô teneri videtur.—La obligacion que en este caso se impone á las personas que el texto comprende, dimana de su falta de diligencia en la eleccion de las personas de que se valen, y de la poca vigilancia que supone un hecho de la naturaleza de los que aquí se castigan. Esta accion se da por el duplo, y no es obstáculo para entablar la de hurto contra el que sustrajo la cosa, ó la de la ley Aquilia contra el que de cualquiera manera la destruyó ó estropeó. Tampoco debe confundirse esta accion, que dimana del cuasi-delito, con la que tendria lugar contra las mismas personas en caso de que ellas hubieran cometido el delito; ni con la que dimana del contrato por el cual ofrecieron responder de las cosas que entraron en la nave, establo ó posada; ni con la que nace del cuasi-contrato, en cuya virtud quedan obligadas por las cosas que se introdujeron en sus respectivos establecimientos, si el daño ó el hurto ha sido causado por uno que no sea dependiente de ellos. Cuando una fuerza mayor ha sido la causa de la pérdida de la cosa, no hay lugar á la accion de que en este texto se habla (1).

Hæredi datur, adversùs hæredem non competit.—Esta doctrina es

(1) §. 1, ley 3, tít. IX, lib. IV del Dig.

conforme á la de todas las acciones penales, las cuales se dan á los herederos pero no contra los herederos, porque no es justo que uno sufra la pena que otro ha merecido.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El juez que por ignorancia fallare mal un negocio, queda obligado con arreglo á las leyes de Partidas (1) á indemnizar el perjuicio que ocasione, segun establecia el derecho romano.

El Código penal (2) considera como faltas penables, con una ligera pena pecuniaria, las de los que tuvieren en balcones, ventanas, azoteas, ú otros puntos exteriores de su casa, tiestos ó cualesquiera objetos con infraccion de las reglas de policía, y á los que arrojaren á la calle por balcones, ventanas, ó por otra parte, agua ú objetos que puedan causar daño. Pero dejando aparte la sancion penal, debo recordar lo que antes ya queda manifestado, á saber: que la falta, del mismo modo que el delito, sujeta al que lo comete á la indemnizacion civil del daño que hubiere ocasionado (3); motivo principal de tratarse aquí de esta materia.

El mismo Código penal declara que son responsables civilmente en defecto de los que criminalmente lo sean, los posaderos, taberneros ó personas que están al frente de establecimientos semejantes, por los delitos que se cometieren dentro de ellos, siempre que por su parte intervenga infraccion de los reglamentos de policía (4): disposicion que va mas allá de lo que se encuentra establecido en el derecho romano. Añade despues que son además responsables subsidiariamente los posaderos de la restitucion de los efectos robados ó hurtados dentro de sus casas á los que se hospedaren en ellas, ó de su indemnizacion siempre qne estos hubieren dado anticipadamente conocimiento al mismo posadero ó á sus dependientes del depósito de aquellos efectos en la posada: cuya responsabilidad no tiene lugar en caso de robo con violencia ó intimidacion en las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero (5). Por último, está expresamente declarado que la responsabilidad subsidiaria de que se acaba de hablar, sea tambien estensiva á los amos, maestros, y personas dedicadas á

---

(1) Ley 24, tít. XXII, Part. III.
(2) §§. 18 y 19, art 493.
(3) Art. 15 del Código penal.
(4) §. 1, art. 17.
(5) §. 2 del mismo artículo.

cualquier género de industria, por los delitos ó faltas en que incurren sus criados, discípulos, oficiales, aprendices ó dependientes, en el desempeño de su obligacion ó servicio (1); lo cual sin duda proviene de que se ha creido, que cuando los bienes del verdadero delincuente no bastan para indemnizar al perjudicado, es mas justo, que en lugar de recaer la pérdida sobre éste, que no hizo eleccion de la persona que le perjudicó, sufra el daño el que se valió del delincuente y pudo elegir otro que fuera mas honrado.

TITULUS VI.

De actionibus.

TÍTULO VI.

De las acciones.

En vano consagraria la ley los derechos individuales, si al mismo tiempo en el caso de que fueran atacados por otro no diera medios eficaces y apoyados en la fuerza social para obtenerlos, para conservarlos, ó para recobrarlos. Estos medios son los designados con el nombre de *acciones;* de modo, que desde luego se presenta la palabra *accion* para significar la invocacion que hace de la autoridad pública, instituida á fin de proteger la vida, el honor y los bienes de los particulares, aquel cuyo derecho no es respetado. Instintiva es la necesidad de tales medios: por ellos, en vez de tratar cada uno de administrarse por si mismo la justicia, lo cual causaria una gran perturbacion en el órden social (2), acude á los magistrados y jueces, para obtener lo que con arreglo á los principios de justicia se le debe. De esta obligacion de acudir á la autoridad pública pidiendo la reparacion de los agravios, solo esceptúa la ley algunos, muy pocos casos, en que la intervencion de la sociedad no puede efectuarse tan prontamente como requiere la inminencia del mal para ser eficaz: por esto el derecho permite rechazar la fuerza con la fuerza (3); por esto nos es licito matar al agresor injusto si de otro modo no podemos conservar nuestra vida ó nuestra honra (4).

La palabra *accion* trae su etimologia del verbo latino *agere,* que significa ejecutar. Toda accion supone violacion de un derecho preexistente: mas como esta violacion puede perjudicar ó á la sociedad colectivamente, ó á un particular, ó á la sociedad y á un particular,

(1) Art. 18.
(2) Ley 176, tít. XVII, lib. L del Dig.
(3) §. inicial, ley 4, tít. II, lib. IX del Dig.
(4) Ley 3, tít. I, lib. I del Dig.

de aqui dimana que unas veces el violador del derecho tenga que satisfacer á la sociedad por medio de castigos de diversa naturaleza y extension, que otras tenga que reparar el mal que causó al indivíduo indemnizándole pecuniariamente, y que otras, al mismo tiempo que satisface á la sociedad, deba reparar el mal causado al indivíduo. Este es el orígen de la diferencia entre las acciones criminales ó públicas, *judicium publicum*, y civiles ó privadas, *judicium privatum*. Trátase, por ejemplo, de hechos que atacan al órden político de la sociedad: habrá una accion criminal, un juicio público. Trátase por el contrario de hechos que por poco conformes que sean á los principios de la moral y de la ley no atacan al órden y á la seguridad general, sino que perjudican solo á una ó mas personas: habrá una accion civil, un juicio privado. Mas por último, trátase de un hecho que al mismo tiempo ataca al individuo y á la sociedad: en este caso se concede por regla general una accion criminal y otra accion civil.

Dos son los diferentes aspectos bajo que pueden considerarse las acciones: ó con relacion á las formas bajo las cuales son deducidas en juicio, formas que sirven de segura guia á los litigantes en la complicacion de los debates judiciales, y de regla al juez para la investigacion de la verdad y para el esclarecimiento de su conciencia; ó bajo el aspecto de los derechos que protegen. Bajo el primer punto de vista la palabra *accion*, ligada íntimamente con la organizacion judicial, viene á representar lo que nosotros llamamos *procedimiento*. Bajo el segundo aspecto las acciones forman una especie particular de derechos, á los que oportunamente un distinguido jurisconsulto extranjero (1) ha llamado *derechos sancionadores*, porque en verdad son una sancion de los otros, que sin ellos solo producirian una ventaja imaginaria. Pero no por esto debe creerse que el derecho, y la accion que dá sancion y garantía al derecho, son una misma cosa; puesto que se diferencian en su orígen y en su objeto: en su orígen, porque el derecho corresponde ó por la ley ó por el contrato, y para que nazca la accion, además de la preexistencia del derecho, es menester que haya una violacion de él; en su objeto, porque muchas veces el derecho mismo que existia no puede ser restablecido por la accion que se dá para protejerlo, como sucede, por ejemplo, siempre que uno ha destruido la propiedad de otro, en cuyo caso en lugar de dar la cosa cuya devolucion es imposible porque no existe, es condenado el que violó el derecho de propiedad á la reparacion de daños é intereses.

La acepcion en que hasta aquí he tomado la palabra *accion* es la mas general; conviene ahora fijar los diferentes sentidos en que se

(1) Blondeau.

usa. Considerada bajo el aspecto de los derechos que es llamada á proteger, es decir, independientemente del procedimiento, abraza en su significacion mas lata todos los derechos cuya conservacion garantiza: en este sentido dice Ulpiano (1), apoyándose en la autoridad de Pomponio, que bajo la palabra *accion* se comprenden las reales, las personales, las directas, las útiles, las perjudiciales, las estipulaciones pretorias que hacen veces de accion, y los interdictos: y en otro lugar (2) incluye tambien el mismo jurisconsulto en la denominacion de *acciones* las escepciones, fundándose en que el reo es actor en la excepcion. En el sentido menos lato la palabra *accion* se refiere á las acciones personales, empleándose para las reales la palabra *peticion* (3), y la de *persecucion* para aquellas que no están sujetas al procedimiento ordinario, como sucede en los fideicomisos (4).

El Emperador Justiniano, en el ingreso de este título, siguiendo al jurisconsulto Celso (5), dice: *actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi judiciô, quod sibi debetur*. Esta definicion desde luego tiene el inconveniente de comprender solo una parte de lo definido, á saber, únicamente las acciones personales; y entendida del modo que generalmente se acostumbra, esto es, no como la accion dada por el magistrado para perseguir delante del juez á nuestro deudor, sino como la facultad misma de pedir lo que se nos debe, se refiere más al segundo objeto del derecho, es decir, á las cosas entre las cuales se computan las incorporales, que no al tercero, ó sea á los medios porque podemos obtener en juicio lo que es nuestro ó lo que se nos debe. Considerada bajo este último aspecto la accion, tuvo diferentes sentidos en los distintos sistemas de procedimientos que sucesivamente hubo entre los romanos.

Conviene que antes de pasar adelante manifieste cuáles fueron las diferentes fases que tuvo el procedimiento, punto capital que servirá para fijar el método que me propongo seguir en esta introduccion. En Roma hubo tres sistemas de procedimientos: el de las acciones de ley, el formulario, y el de los juicios extraordinarios. El mas antiguo de todos era el de las acciones de ley: él refleja ese espíritu exclusivo, austero, solemne y simbólico, que tan profundamente impreso se halla en el derecho de los primeros tiempos de Roma. Al lado de este sistema riguroso se eleva lenta y sucesivamente otro mas espedito, que sirviendo en su origen para arreglar las diferencias que tenian entre sí

(1) §. inicial, ley 37, tít. VII, lib. XLIV del Dig.
(2) Ley 1, tít. I, lib. XLIV del Dig.
(3) §. 2, ley 178, tít. XVI, lib. L del Dig.
(4) Dicho §. 2.
(5) Ley 51, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

los peregrinos, ó los peregrinos con los romanos, concluye por quedar como único sistema dominante y desterrar el de las acciones de ley que le habia precedido; este es el sistema formulario. Por último, cuando el sistema formulario estaba en su apogeo, aparece en algunos casos particulares otro procedimiento de excepcion, *extra ordinem*, sistema que de excepcion llega á ser la regla general. Obsérvase en esto, como en tantos otros puntos, que los romanos pasan de un sistema á otro, no rompiendo violenta y absolutamente las tradiciones de lo pasado sino lenta y gradualmente, enlazando las reminiscencias con las exigencias nuevas: de aquí provino que el procedimiento de las acciones de ley dejara profundas huellas en el sistema formulario, y el sistema formulario en el de los juicios extraordinarios, siendo este último, como ha dicho oportunamente un jurisconsulto aleman (1), el reflejo pálido de una época de gloria en otra época de abatimiento y de decadencia. Del sistema de acciones de ley no han quedado noticias bastante completas para formar una perfecta idea de su espíritu, relacion y encadenamiento. Del sistema formulario, como que corresponde á una época tan fecunda en obras jurídicas, hay gran copia de datos que aprovechan tambien para el conocimiento del sistema de los juicios extraordinarios, introducido en época en que la ciencia del derecho habia bajado mucho de su altura, y en que no existian hombres de bastante saber para poner en armonía los procedimientos nuevos con las nuevas necesidades, reemplazando de este modo un sistema completo á aquel que en parte se habia destruido.

No es de este momento descender á pormenores, que mas adelante serán suficientemente desenvueltos: solo indicaré que en el sistema de las acciones de ley la palabra *accion* viene á significar la manera de proceder, ó como hoy solemos decir, el procedimiento; que en el sistema formulario, *accion* es la fórmula dada por el magistrado para que el actor haga valer sus derechos delante del juez; y por último, que en el sistema de los juicios extraordinarios indica la facultad que cada uno tiene de entablar por su cuenta y riesgo una instancia.

Antes de entrar en el exámen de los procedimientos en cada época y de los magistrados y jueces que intervenian en ellos, paréceme oportuno hacer algunas indicaciones generales, que no se refieren á ninguna época determinada.

---

(1) Zimmern.

De los magistrados y jueces en general.

Inexacto seria usar de la frase *poder judicial* refiriéndose á una nacion de la antigüedad: esa division armónica de los poderes públicos, ese círculo dentro del que cada uno debe obrar segun las constituciones modernas, no es aplicable á las ideas que los romanos tenian formadas de la potestad y atribuciones de los magistrados y de los jueces. El poder de juzgar pertenecia en Roma al supremo imperante, y por lo tanto á los reyes, de los que dice con elegante precision Pomponio (1): *initiô civitatis nostræ populus sine lege certâ, sine jure certô primùm agere instituit, omniaque manu à Regibus gubernabantur.* Los cónsules que reemplazaron á los reyes en el poder, ejercieron tambien la facultad de juzgar, hasta que se creó la pretura, en los términos que manifiesta la Introduccion de esta obra. Pero en ninguna época existió esa division de atribuciones de gobierno y de justicia, puesto que los mismos Pretores á veces mandaban los ejércitos, gobernaban las provincias, y ejercian otras funciones que hoy llamariamos de administracion y de gobierno.

Tampoco habia en Roma antes del Imperio ese órden gerárquico de tribunales, que sujetando á una série gradual de instancias á los justiciables, hubiera sido un sistema contínuo de inspeccion y vigilancia y un elemento de unidad en la administracion de justicia. Muy al contrario, cada magistrado, cuando se trataba de negocios civiles, era independiente en sus actos y ejercia una especie de soberanía, terminándose el juicio en una sola y única instancia. Y honroso es ciertamente para el Pueblo Rey no haber degenerado esta latitud en manantial fecundo de abusos é injusticias: por el contrario, de la autoridad ámplia de los magistrados, de esa especie de soberanía que ejercian en el pretorio, salieron formulados los principios de equidad y de justicia que con razon han dado al derecho civil de los romanos una dominacion eterna sobre todos los pueblos civilizados. Verdad es, que causas poderosas impedian que este poder absoluto degenerara en abuso: la eleccion anual para las magistraturas, la cuenta estrecha que al salir de ellas podia exigirse á los que las habian ejercido la responsabilidad en que incurria el juez que ó por maldad ó por ignorancia pronunciaba fallos injustos, respecto á aquellos á quienes habia perjudicado haciendo suyo el pleito, y por último,

---

(1) §. 1, ley 2, tit. II, lib. I del Dig.

el ser justiciales segun el derecho nuevo que hubieran aplicado, eran otras tantas prendas de que la justicia seria bien administrada. Ni debe parecer extraña la falta de un órden gradual de magistrados; porque siendo nombrados todos ellos por el pueblo, se reputaba que tenian una delegacion completa de la soberania, y este origen se oponia á que se creyeran unos autorizados para reformar las sentencias de los otros. La diferencia que habia entre magistrados superiores é inferiores no era efecto de un órden gerárquico de jurisdicciones, sino solo un medio de diferenciar las funciones públicas por su naturaleza é importancia, y por los honores de aquellos que las desempeñaban. Cambiadas las ideas, reemplazado de hecho el principio de la soberanía del Pueblo por el de la soberanía de los Emperadores, revestidos estos no solo de todas las funciones y de toda la autoridad inherentes á las magistraturas de la antigua república, sino tambien de la facultad legislativa, natural era que se cambiasen en parte las ideas y las instituciones judiciales, que las magistraturas pasaran á ser autoridades subordinadas, y que se estableciese un órden gerárquico: así, en efecto, se observa que los Emperadores vinieron á formar un tribunal supremo, al cual podian llevarse las decisiones de todos los demás magistrados.

La participacion que en Roma se dió á todos los ciudadanos en las funciones judiciales, tanto en lo civil como en lo criminal, contribuyó tambien muy eficazmente á la recta administracion de justicia. Esa distincion que hoy se hace en muchos pueblos de Europa entre jurados y jueces, se hallaba establecida entre los romanos, si bien combinada de un modo diferente, y esto no solo durante el sistema formulario, sino tambien durante el de las acciones de ley; aunque es de creer que el magistrado no tendria en éste la importancia que tuvo en aquel. La intervencion del magistrado en el juicio no era para decidir la controversia, sino solo para dar una fórmula que fijara la accion y los límites á que debian circunscribirse los jueces nombrados por las partes, á quienes él conferia el poder de juzgar. Esta eleccion de los jueces por los mismos justiciables, al mismo tiempo que era una garantía de la imparcialidad de los que juzgaban, daba á la administracion de justicia un carácter popular, que cuadraba perfectamente con la índole de las instituciones romanas en la época en que se introdujo. La separacion de las atribuciones del juez y del magistrado producia tambien la ventaja de que pudiera intervenir en todos los negocios, por pequeños que fueran, un corto número de magistrados, desembarazados de la necesidad de descender al exámen largo y minucioso de los hechos y de las alegaciones contradictorias de los litigantes, y encargados solamente de fijar los principios con arreglo á los cuales las causas debian ser instruidas y juzgadas; y que así el ciudadano pobre hallara en la eleccion de la magistra-

tura una garantia, para que le fuera menos temible la influencia que pudiera ejercer sobre el juez un adversario poderoso. Por el contrario, el gran número de personas habilitadas para desempeñar el cargo de juez y para entender en las cuestiones de los litigantes, hacia que tuvieran todos tiempo necesario, á fin de instruirse detenidamente de los hechos contraditorios presentados por las partes en cada uno de los negocios que se sometian á su exámen.

Conviene mucho fijar aquí la significacion y extension que los antiguos daban á las palabras *imperium*, *jurisdictio*, *notio*, *cognitio* y *decretum*, palabras que traduciré con las de *imperio*, *jurisdiccion*, *nocion*, *conocimiento* y *decreto*, y que se emplean á veces para significar la extension de las atribuciones y autoridad de cada clase de magistrados; mucho mas cuando respecto á ellas no están siempre acordes los intérpretes.

La palabra *imperium*, que sirvió en un principio para indicar el conjunto de las atribuciones del poder real, pasó de los monarcas á los cónsules al establecerse la república; despues se aplicó á las demás magistraturas superiores, que eran desmembraciones de la primitiva autoridad del jefe del Estado. Por esto dice Paulo que bajo la palabra *potestad*, cuando se aplica á los magistrados, se significa el *imperio* (1). En su sentido mas lato el *imperio* comprende la *jurisdiccion*, y abrazar como en el lenguaje de hoy diríamos, el poder ejecutivo y el judicial. Cuando se opone á la palabra *jurisdiccion*, comprende solo el poder ejecutivo y no el judicial; en este caso se refiere á la potestad de administrar; y á la facultad correctiva que podian los magistrados ejercer sobre los ciudadanos, para atender á la salud y á las necesidades del Estado. El imperio es *mero* ó *mixto*. El imperio *mero* se aplica al poder del magistrado en materia criminal. Ulpiano (2) dice de él que tambien se llama *potestad*, y que consiste en la facultad de castigar hasta con la pena mas severa á los malvados, *habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines*: respecto á cuyas palabras debo advertir que la de *gladii* no se refiere precisamente á la pena de muerte, sino á todas las corporales que pueden imponerse á los que infringen la leyes penales. Se dá á esta clase de imperio el epíteto de *mero*, porque representa toda la fuerza y toda la extension posible. Entiéndese por imperio *mixto* el poder que tienen los magistrados revestidos de jurisdiccion para hacer respetables sus providencias; cuyo imperio es tan esencial á la jurisdicion, que sin él no puede ésta concebirse (3). Diósele el epíteto de *mixto* porque era menos que el impe-

(1) Ley 215, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 3, tit. I, lib. II del Dig.
(3) Ley 3, tit. I, lib. II: ley 1, y §. 1, ley 5, tit. XXI, lib. I, del Dig.

rio mero, puesto qué se dirigia á la proteccion de los intereses individuales, y no á la vindicta de los delitos graves que se hubieran cometido contra la sociedad.

La palabra *jurisdiccion*, que se deriva de *dicere jus*, comprendia la potestad de arreglar las relaciones sociales de los particulares, bien creando una regla, ó bien aplicando otra preexistente. En efecto, como en la Introduccion Histórica á esta obra queda expuesto, los magistrados progresiva y lentamente, al lado de los preceptos del primitivo derecho colocaban otros por medio de sus edictos, en que se atendia á las máximas de equidad universal, y de este modo, ya auxiliaban, ya suplian, ya corregian el derecho escrito (1). En tal sentido se comprendian bajo la palabra *jurisdiccion* las atribuciones de los magistrados, tanto respecto á los actos llamados de jurisdiccion contenciosa, cuanto á los de la voluntaria. Estas atribuciones que ejercian los magistrados se comprendian en las palabras *do, dico, addico*: *do*, porque el magistrado daba la accion, el juez (2), tutores (3), y la *bonorum possessio* (4): *dico*, porque dictaba el derecho promulgando edictos generales, concediendo interdictos (5), y decidiendo las cuestiones de derecho que se suscitaban (6): *addico*, porque declaraba á uno dueño de la cosa; y tambien se encuentran las frases *addicere judicem, addicere judicium*, en vez de las de *dare judicem, dare judicium* (7). Atendiendo á todas estas atribuciones del magistrado, dice Ulpiano (8) que el oficio del que administra justicia, *jus dicentis*, es latísimo, porque puede dar la *bonorum possessio*, poner en posesion, constituir tutores á pupilos que carecen de ellos, y dar jueces á los litigantes. Pero no puede negarse, que á veces la palabra *jurisdiccion* se tomaba en un sentido mucho mas estricto, comprendiendo solamente los actos que tenian por objeto reconocer los derechos de lás partes, y no los que se dirigian á crear otros nuevos: por esto dice el mismo jurisconsulto Ulpiano (9), que mandar prestar una estipulacion pretoria y poner en posesion, son, mas que actos de jurisdiccion, actos de imperio.

Las palabras *cognitio*, *cognoscere*, se refieren al exámen que el magistrado hace de un negocio para decidirlo. Generalmente se in-

(1) §§. 2 y 6, Com. I de las Inst. de Cayo; y §. 7, tit. II, lib. I de las de Justiniano.
(2) Ley 3, tit. I, lib. II del Dig.
(3) §§. inicial 1 y 3, tit. XX, lib. I de las Inst.
(4) §. 8, ley 3, tit. I, lib. XXXVII; y §. 1, ley 2, tit. XV, lib. XXXVIII.
(5) §. 1, tit. XX, lib. IV de las Inst.
(6) §. 134, Com. I; y §. 24, Com. II de las Inst. de Cayo.
(7) Leyes 39 y 46, tit. I, lib. V del Dig.
(8) Ley 1, tit. I, lib. II del Dig.
(9) Ley 4 del mismo título y libro.

dica por ellas que el magistrado, en lugar de enviar á las partes á un juèz que entienda en la causa con arreglo al derecho comun, se reserva el exámen para determinar definitivamente. Esto es lo que se llama *conocimiento extraordinario*, *cognitio extraordinaria*, *cognoscere extra ordinem*. Algunas veces tambien, aunque con menos frecuencia, las palabras *cognoscere*, *cognitio*, se aplican al juez (1).

La palabra nocion, *notio*, es mas extensa y de sentido menos fijo que la de *cognitio*. Significa toda clase de exámen que dá una decision por resultado: se aplica del mismo modo á los magistrados (2) que á los que carecen de jurisdiccion. La frase *judicis notio* tiene un sentido mucho más limitado por lo que se refiere al conocimiento que delega el magistrado en el juez (3).

La palalabra decreto, *decretum*, significa la decision tomada por el magistrado en su tribunal despues de haber conocido de la causa, decision que versa acerca de la esencia del negocio, sin remitir la cuestion al exámen del juez (4).

A pesar de que he procurado en lo posible fijar el sentido de cada una de las palabras *imperio*, *jurisdiccion*, *conocimiento*, *nocion* y *decreto*, debo confesar que no siempre son terminantes los textos romanos acerca de sus significaciones, sino que por el contrario, dan lugar á frecuentes dudas y dificultades, especialmente para fijar las palabras *imperio* y *jurisdiccion*; pero atendida la índole de la presente obra, no debo detenerme más en este punto.

La jurisdiccion puede ser considerada bajo distintos puntos de vista; lo cual dá lugar á algunas divisiones interesantes, que suelen encontrarse en las leyes, á saber: en *voluntaria* y *contenciosa*, en *plena* y *menos plena*, en *ordinaria* y *extraordinaria*, en *propia* y *delegada*, y en *propia* y *prorogada*. De cada una de ellas hablaré con separacion.

Jurisdiccion voluntaria.=Jurisdiccion contenciosa. El magistrado no puede negar su intervencion, cuando los particulares con arreglo á derecho acuden á su autoridad; por lo tanto la palabra *voluntaria* no se refiere al magistrado, sino á las personas que reclaman su concurrencia. Por esto se dice que la jurisdiccion voluntaria es aquella que *se ejerce en negocios extrajudiciales entre las personas que volun-*

---

(1) §. 1, ley 1, tit. II: §. 9, ley 3, tit. IV, lib. X: ley 17, tit. X, lib. XXVII; y §. 2, ley 135, tit. I, lib. XLV del Dig.

(2) §. 1, ley 8, tit. XV, lib. III: §. 14, ley 1, tit. VI, lib. XLII del Dig.; y ley 6, tit. XLIII lib. VII del Código.

(3) §. 3, ley 23, tit. II, lib. IV del Dig.

(4) §. 1, ley 9, tit. XVI; y ley 1, tit. XXII, lib. I del Dig.

tariamente reclaman la intervencion del magistrado, «*quæ inter volentes exercetur.*» A esta clase de negocios pertenecian, por ejemplo, la emancipacion, la adopcion, la manumision de los esclavos, el nombramiento de guardadores, la insinuacion de las donaciones y la cesion llamada *in jure*. De estos actos unos eran solemnes y debian hacerse bajo la forma de las acciones de ley, y otros no estaban sujetos á tales formalidades. La jurisdiccion *contenciosa*, por el contrario, es *la que se ejerce entre personas que litigan*, «*inter nolentes, inter contendentes.*» Además de la diferencia capital que segun queda expuesto media entre la jurisdiccion voluntaria y la contenciosa, debe observarse que la contenciosa requeria la imparcialidad del magistrado; de lo cual dimanaba que ninguno pudiera ejercerla en sus propios negocios, ni en los de las personas ligadas con él de manera que pudiera temerse que por interés ó afeccion faltara á sus deberes (1): lo contrario sucedia en los actos de jurisdiccion voluntaria, y así dice Modestino, adoptando la opinion de Neracio en un fragmento inserto en el Digesto (2), que el magistrado ante sí mismo puede emancipar á sus hijos y darlos en adopcion; opinion que se encuentra adoptada en otros lugares de la misma obra legal (3). Diferenciábanse tambien en que la jurisdiccion contenciosa solo podia ejercerse dentro de la circunscripcion territorial del juez, y en el lugar destinado al efecto; la jurisdiccion voluntaria, por el contrario, se ejercia en todas partes.

Jurisdiccion plena.=Jurisdiccion menos plena. Refiérese esta division á la diferencia que habia entre los magistrados superiores é inferiores: la jurisdiccion plena pertenecia á aquellos, la menos plena á estos. La primera estaba limitada solo por razon del territorio en que el magistrado ejercia sus funciones, pero no por la naturaleza é importancia de los negocios; la segunda, por el contrario, lo estaba tambien por estas circunstancias.

Jurisdiccion ordinaria.=Jurisdiccion extraordinaria. El modo de proceder es la base de esta division. Llamábase jurisdiccion ordinaria la que se ejercia cuando el magistrado, como por regla general sucedia en los negocios contenciosos, se limitaba á fijar con precision el punto litigioso y á señalar los principios por que debia ser juzgada la causa, dando la accion y remitiendo á los litigantes al juez que elegian. Por el contrario, ejercíase jurisdiccion extraordinaria cuando el magistrado retenia el negocio, lo examinaba, y lo decidia.

---

(1) Ley 10, tít. I, lib. II del Dig.
(2) Ley 4, tít. VI, lib. I.
(3) Leyes 1 y 2, tít. LXVIII, lib. XIV; ley 2, tít. LXIX, lib. XVIII: ley 1; y §. 2, ley 18, tít. II, lib. XL.

Este modo extraordinario de proceder, empleado ya en tiempos antiguos, fué haciéndose mas frecuente en la época de los Emperadores, y vino á ser general bajo el imperio de Diocleciano, como espondré oportunamente. No debe confundirse la jurisdiccion extraordinaria con el conocimiento sumario, porque ni siempre se conocia sumariamente de los negocios cuando se usaba de la jurisdiccion extraordinaria, ni por el contrario dejaba en el procedimiento ordinario de emplearse alguna vez el conocimiento sumario del negocio. No es fácil señalar en qué casos se procedia bajo la forma ordinaria y en cuáles bajo la extraordinaria: las eruditas investigaciones que acerca de este punto se han hecho, no dan luz suficiente para fijar una opinion decisiva; mas respecto á ciertas causas hay bastantes antecedentes: así, está fuera de duda que los fideicomisos, las restituciones *in integrum*, las ejecuciones de las sentencias y los actos de jurisdiccion voluntaria pertenecian á la jurisdiccion extraordinaria (1); y por el contrario, si se ha de dar crédito á Suetonio y á Ciceron, correspondian á la ordinaria todas las cuestiones acerca del estado de las personas.

Jurisdiccion propia. = *Jurisdiccion delegada.* Llámase jurisdiccion *propia* la que está adherente al mismo oficio del magistrado: *delegada* la que confia á otros el que la tiene propia. La facultad de delegar era muy antigua en Roma, y se apoyaba no en la ley expresa, sino en la costumbre (2). Las delegaciones debieron su origen á la necesidad, porque siendo pocos los magistrados, sin este medio difícilmente hubiera podido evitarse la paralizacion de la administracion de justicia: pero introducidas, produjeron un bien, á saber, que siendo escasos los motivos que incapacitaban á los magistrados, estos encontraban un modo decoroso de abstenerse de aquellas causas sometidas á su tribunal, en que, por razones de delicadeza no comprendidas sin embargo en el texto de las leyes, creian que no debian conocer (3). El magistrado podia delegar su jurisdiccion para un negocio solo, ó en general, ó para un número determinado de negocios (4); y en el caso de que delegara para un negocio, podia hacerlo ó en todo ó en parte. Ejemplo de una delegacion parcial de negocio determinado se encuentra en el Digesto con motivo de la accion *damni infecti* (5), en que el magistrado, reservándose el conocimiento de los puntos que se sometian á su exámen, solo

---

(1) Tit. XIII, lib. L del Dig.
(2) Ley 3, tít. I, lib. II del Dig.
(3) Ley 17 del mismo título y libro.
(4) Leyes 16 y 17 del mismo título y libro.
(5) Ley 1; y §. 3, ley 4, tit. II, lib. XXXIX del Dig.

delegaba á los magistrados municipales el exigir la fianza y dar la posesion. La delegacion no alcanzaba á las atribuciones que el magistrado tenia especialmente en virtud de una ley, de un senado-consulto ó de una constitucion (1); fundábase esto en que el magistrado entonces no ejercia una jurisdiccion propia, sino delegada, y la jurisdiccion delegada no podia delegarse. En la delegacion de la jurisdiccion no se comprendian los actos solemnes de jurisdiccion voluntaria, de que antes he hecho indicacion. La jurisdiccion criminal no podia delegarse (2).

No eran iguales los efectos de la delegacion que se hacia en un simple particular y los de la de un procónsul ó propretor en sus legados, esto es, en los que hacian sus veces siempre que la necesidad lo aconsejaba; pues la primera podia revocarse á arbitrio del delegante, al paso que la segunda no podia retractarse sin conocimiento del príncipe (3). El delegado solo tenia el poder que le habia sido conferido por el delegante, el cual, como es claro, no podia conceder á otro funciones que no estuvieran dentro de los límites de su jurisdiccion: por esto en el caso de que el procónsul hiciese antes de llegar á la provincia una delegacion en alguno de sus legados, no tenia esta efecto hasta que entraba el delegante en la provincia (4). El delegado debe ejercer la jurisdiccion en los mismos términos y con las mismas facultades que el magistrado que delegó; por esto las apelaciones interpuestas de las decisiones que el delegado pronunciare, no deben llevarse ante aquel que hizo la delegacion, sino ante el magistrado á quien corresponderia el conocimiento de la apelacion en el caso de que la delegacion no hubiera tenido lugar (5).

Jurisdiccion propia.=*Jurisdiccion prorogada.* Llámase jurisdiccion *prorogada* aquella que por voluntad de las partes ejerce un magistrado fuera de los límites de su territorio ó de su autoridad (6). Esta jurisdiccion puede considerarse como emanada de la voluntad de los particulares, que consienten en someterse á un magistrado que de otro modo seria para ellos incompetente, y á quien no estarian sujetos sino por su espontáneo allanamiento; puesto que, como dice Paulo, al que ejerce jurisdiccion fuera del término á que está circunscrito, ó de los límites á que debe sujetarse en el

---

(1) Ley 1: §. 1, ley 2, tit. XXI, lib. I: ley 8, tít. V, lib. XXVI; y §§. inicial y 18, ley 8, tit. XV lib. II del Dig.
(2) Ley 11, tit. XVI, lib. I; y ley 70. tit. XVII. lib. L del Dig.
(3) §. 1, ley 6, tit. XVI, lib. I del Dig.
(4) §. 6, ley 4; y ley 5 del mismo título y libro.
(5) §. 1, ley 1; y ley 2, tit. III, lib. XLIX del Dig.
(6) Ley 1; y §. inicial, ley 2, tít. I, lib. V del Dig.

desempeño de sus funciones, se puede desobedecer impunemente (1). Pero no por esto se crea, que los particulares podian dar jurisdiccion sobre sí mismos á otras personas mas que á las que estaban revestidas del carácter de magistrados, como lo declaró expresamente una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano (2); mas para que se pudiera hacer la prorogacion, bastaba que tuviera jurisdiccion la persona á quien se daba, aunque fuera magistrado inferior y la causa sometida á él fuera mayor (3). La prorogacion puede ser *expresa* ó *tácita*: *expresa* es la *que se hace por el consentimiento explícito de los interesados, confirmado por ellos mismos acudiendo al juez.* He dicho que este consentimiento debe estar confirmado acudiendo al juez, porque si antes de ir á él alguno muda de voluntad, no está obligado á pasar por la convencion, como lo declara una ley del Digesto que inserta un fragmento del jurisconsulto Africano (4). Prorogacion *tácita* es la *que se hace por el consentimiento implícito de los interesados*, esto es, por hechos que manifiestan su voluntad de prorogar la jurisdiccion. Así sucede en el caso de que sabiendo el demandado que el juez ante quien era llamado carecia de competencia, contestare la demanda sin oponer la escepcion de fuero incompetente (5): así sucede tambien con el actor ó demandante en el caso de que sea reconvenido por la mútua peticion, pues que no puede declinar como incompetente la jurisdiccion del juez ante quien entabló la demanda, porque como dice Justiniano (6) invocando la autoridad de Papiniano, nadie debe rehusar como juez para sí al que eligió para su contrario, *cujus enim in agendô observat arbitrium, eum habere et contra se judicem in eôdem negotiô non dedignetur*; á lo cual se agrega que de otra manera podria muy bien suceder que se dividiese la continencia de la causa, y que un mismo negocio fuese juzgado ante jueces diferentes (7). No inoportunamente se han dado á esta prorogacion los epítetos de *legal* y *necesaria*, porque está prescrita por la ley. Puede prorogarse la jurisdiccion, no solo sometiéndose á la jurisdiccion de un magistrado para la decision de causas mayores que aquellas cuyo conocimiento le compete, sino tambien respecto de negocios que de otro modo deberian ser juzgados en distinto

(1) Ley 20, tít. I, lib. II del Dig.
(2) Ley 3, tít. XIII, lib. III del Cód.
(3) Ley 14, tít. I, lib. II, y ley 1, tít. I, lib. V del Dig.
(4) Ley 18, tít. I, lib. II.
(5) Ley 15 del mismo título y libro · ley 2, tít. I, lib. V del Dig.; y ley 4, tít. XIII, lib. III del Código.
(6) Ley XIV, tít. XLV, lib. VII, del Cód.
(7) Ley X, tít. I, lib. III; del Cód.

territorio (1); mas esta prorogacion debe entenderse limitada al caso en que el magistrado tenga una jurisdiccion análoga á la que se le atribuye por la prorogacion: así es que no podria prorogarse la jurisdiccion de un juez encargado de la persecucion de los ladrones, á un negocio puramente civil (2). El magistrado puede someterse tambien voluntariamente en los actos de jurisdiccion contenciosa á otro magistrado igual ó inferior (3); no sucede así en los actos de jurisdiccion voluntaria, para los cuales debe acudir á un juez superior (4). Por último debo advertir, que la prorogacion se verifica por el mero consentimiento de las partes, aunque la ignore el magistrado (5).

Establecidas estas doctrinas generales y que pueden ser consideradas como comunes á los diferentes sistemas de procedimientos, paso á exponerlos en particular; y para evitar confusion, hablaré separadamente en cada uno de ellos de la organizacion judicial, de las acciones, y de los procedimientos.

PRIMER SISTEMA.

De las acciones de ley.

El sistema de las acciones de ley presenta en su conjunto la rudeza de un pueblo que dá los primeros pasos en la carrera de la civilizacion. Símbolos materiales, ritos pantomímicos, palabras solemnes vienen á materializar, digámoslo así, la administracion de justicia, dominada por el principio aristocrático y por el religioso. A medida que la poblacion crece y que se complican las necesidades, se vé la tendencia á deshacerse de tales trabas: el establecimiento del pretor peregrino enseña el camino por donde se vá á parar á otro sistema: sistema que por último es proclamado por la ley Ebucia, dada segun se cree en el año 577 ó 583 de la fundacion de Roma. Pero á pesar de esto quedan aún los vestigios del sistema antiguo en los que sucesivamente lo reemplazan, y no desaparecen del todo hasta el imperio de Justiniano.

---

(1) Ley 22, tit. I, lib V, del Dig.
(2) §. 1, ley 61 del mismo título y libro.
(3) Ley 14, tít. I, lib. II del Dig.
(4) §. inicial, ley 14, tit. I; y §. 1, ley 18, tit. II, lib. XL del Dig.
(5) §. 1, ley 2, tit. I, lib. V del Dig.

Organizacion judicial.

En el sistema de las acciones de ley se ve ya fijada clara y distintamente, por lo menos desde la ley Pinaria (1), la separacion entre el magistrado y el juez, esto es, entre el que dicta la regla por que se ha de juzgar, y el que aplicándola juzga; y la de *jus* y *judicium*, entendiéndose que se hacian *in jure* las actuaciones que tenian lugar ante el magistrado, é *in judició* las que se verificaban á presencia del juez. Ante el magistrado se fijan los puntos litigiosos; y cuando lo están, el demandante obtiene del mismo magistrado una accion, en lugar del derecho real ó personal que dedujo: con esta accion se presenta al juez para que examine el litigio y pronuncie la sentencia, y si obteniéndola favorable quiere que se ejecute, tiene que volver ante el magistrado, para que con el auxilio de su autoridad se lleve á efecto lo juzgado. Conócese, pues, por lo dicho, que es necesario tratar separadamente de los magistrados y de los jueces.

Magistrados.

El Rey fué el primitivo magistrado armado del imperio y de la jurisdiccion. Los cónsules reemplazan al Rey cuando se extingue la monarquía. Al poder ser revestidos los plebeyos de la dignidad consular, la jurisdiccion y el imperio inherente á ella pasa á los pretores; y un año despues á los ediles curules respecto á las ventas hechas en los mercados públicos, especialmente de esclavos y animales, á los pesos y medidas, y á los edificios públicos. No es tan fácil fijar la intervencion que tuvo en las acciones de ley el colegio de los Pontífices, durante una época que ha sido calificada con razon de eminentemente patricia y sacerdotal. Pomponio (2) dice, refiriéndose á tiempo posterior á las Doce Tablas, que las acciones de ley dependian del colegio de los Pontífices. En efecto, estos habian compuesto sus palabras sacramentales, y eran sus depositarios y sus intérpretes; y por otra parte, señalando los dias fastos y nefastos, es decir, los dias en que podia actuarse en justicia, venian á ejercer una grande influencia en los juicios; pero la historia no presenta bastante clara toda su intervencion en los negocios judiciales. Nada de comun tenia con el sistema de acciones de ley el pretor peregrino, encargado de administrar justicia á personas que no gozaban del derecho quiritario; antes

(1) §. 15, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 6, ley 2, tit. II, lib. I del Dig.

bien seguia reglas muy sencillas, más conformes á las ideas universales, y menos exclusivas: reglas, que como se ha indicado antes, vienen á ser el punto de partida del sistema formulario, que reemplazó al de las acciones de ley.

Antes de la publicacion de la ley Ebucia, y de consiguiente en tiempo aún de las acciones de ley, ya habia colonias, municipios, prefecturas y provincias. Los duumviros ó quatuorviros en las colonias y en los municipios, los prefectos enviados de Roma en las prefecturas, y los pretores provinciales en las provincias, eran los que ejercian la jurisdiccion en términos análogos á los en que se verificaba en Roma: pero debe observarse que las acciones de ley, peculiares del derecho quiritario, solo podian tener lugar fuera de Roma respecto á los ciudadanos romanos, únicos que gozaban del expresado derecho.

Competencia de los magistrados. La competencia de los tribunales no era en el antiguo derecho romano un negocio tan complicado como lo es bajo todos aspectos en los pueblos modernos; bastaban por el contrario pocas reglas, fáciles y sencillas en su aplicacion. Contribuia eficazmente á esta sencillez, ó por mejor decir, era su principal causa el que las atribuciones de los magistrados no se limitaban á determinada clase de negocios, sino que eran extensivas á todos, con muy ligeras excepciones; de modo que puede decirse que estaban solo circunscritas por razon del territorio. Enlazábase esto con el principio de que todas las acciones, cualesquiera que fuesen su índole y naturaleza, debian ser llevadas ante el juez competente del demandado, *actor sequitur forum rei* (1): doctrina que desde muy antiguo habia prevalecido en Roma, y es de creer, que ya, desde el momento en que se conoció en la ciudad mas de una jurisdiccion por el establecimiento del pretor peregrino. Necesario es, por lo tanto, inquirir por qué conceptos era competente el magistrado. La competencia se fundaba en estas causas: ó por ser uno miembro de la ciudad en que estaba establecido el magistrado (2); ó por estar domiciliado en el territorio en que ejercia sus funciones (3); ó en fin, por haberse sometido expresa ó tácitamente por volnntad propia á su jurisdiccion (4).

El ser uno miembro de la ciudad, es decir, el origen ó la patria, constituye la primera causa de competencia de que he hablado.

---

(1) §§. 325 y 326 de los Fragmentos Vaticanos: ley 3, tit. XXII, lib. III; y ley 12, tit. XXXIII, lib. VII del Cód.

(2) Ley 29, tit. I, lib. L del Dig.

(3) Ley 37 del mismo título y libro.

(4) Ley 1; y §. inicial, ley 2, tit. I, lib. V del Dig.

Roma era patria comun de todos los ciudadanos: estos podian ser citados ante los tribunales de la ciudad, cualquiera que fuera su domicilio; pero era necesario que estuvieran allí ó que poseyesen bienes, para que pudiera ser llevada á efecto la sentencia. Habia sin embargo algunas personas que gozaban del privilegio de no poder ser demandadas mas que en su propia patria, privilegio que se llamaba *jus revocandi domum* (1). Por *patria especial* de cada ciudadano romano se entiende el municipio de que era miembro. Habia cuatro modos de hacerse miembro de un municipio: el nacimiento, la manumision, la eleccion y la adopcion: así dicen los Emperadores Diocleciano y Maximiano (2), *cives origo, manumissio, electio vel adoptio facit.* Esta doctrina de la competencia por razon del municipio á que uno pertenecia, se referia solo á las ciudades que gozaban del derecho itálico, pues los habitantes de las provincias no formaban agregaciones municipales, y por lo tanto el municipio no era la patria peculiar de cada uno: en ellas el que las mandaba tenia jurisdiccion sobre todos los originarios y domiciliados, y aun sobre los extraños en el caso de que hubieran cometido algun delito; porque, como dice Paulo (3), los príncipes querian que estos magistrados libertasen á las provincias de los hombres malvados, sin distinguir el país de donde provenian.

El domicilio, segun se ha visto, es la segunda causa de competencia. El derecho romano llama *incola* al domiciliado, y establece que el domicilio es el lugar en que uno tiene constituidos sus lares, su fortuna y bienes, con intencion de permanecer en él, á no ser que nuevas circunstancias le induzcan á abandonarlo; respecto al cual, cuando sale, se dice que peregrina, y que deja de peregrinar cuando vuelve (4). Esta competencia por razon del domicilio no excluia la que por razon de patria ú origen queda mencionada anteriormente: así dice Cayo (5) que el domiciliado, *incola*, no solo debe obedecer á los magistrados de su domicilio, sino tambien á los del país de que es ciudadano, porque en ambos municipios está sujeto á la jurisdiccion de los magistrados municipales.

De la competencia que resulta de la sumision voluntaria de las partes he hablado ya suficientemente al tratar de la prorogacion de la jurisdiccion.

---

(1) §§. 3, 4 y 5, ley 2: ley 8. §§. 1, 2, 3, 4 y 5, ley 28; y §. 1, ley 39, tít. I, lib. V del Dig.
(2) Ley 7, tit. XL, lib. X del Cód.
(3) Ley 3, tit. XVIII, lib. I del Dig.
(4) Ley 7, tit. XL, lib. X del Cód.; y §. 2, ley 239, tit. XVI, lib. L del Dig.
(5) Ley 29, tit. I, lib. L del Dig.

Las reglas generales que acabo de exponer admitian algunas escepciones, de que debo hacer ligera indicacion. Estas escepciones eran: 1.ª por causa de sucesion: 2.ª por causa de contrato: 3.ª por causa de delito: 4.ª por causa de reconvencion: 5.ª por conexion de causa. El tribunal competente para el heredero es el que lo ha sido del difunto, sin que aquel pueda escusarse por un privilegio propio (1); lo cual se funda en que como repetidamente se ha dicho, el heredero continúa la persona jurídica del difunto. Es tambien magistrado competente para el heredero aquel que ejerce su jurisdiccion en el territorio en que él finado tenia la mayor parte de sus bienes (2). El contrato sujeta á los que lo celebran al magistrado del lugar en que han consentido la obligacion, ó al de aquel en que se habia señalado su cumplimiento (3), de cuya regla solo se esceptúan las obligaciones dotales (4); siendo indiferente al efecto que la obligacion dimane de un hecho propio, ó del de una de las personas que están bajo nuestro poder (5). Lo que se dice de los contratos es extensivo tambien á los cuasi-contratos, y especialmente á los de gestion de negocios y de tutela (6). El lugar en que se delinquió, ó aquel en que el delincuente ha sido hallado, dan competencia al magistrado (7): en el caso de que uno haya perturbado á otro en la posesion, es fuero competente tambien el del lugar en que el atentado se cometió (8). Por razon de reconvencion se hace competente el magistrado, cuando el demandado ante él entabla, pendiente el proceso, una demanda de reconvencion, obteniendo del mismo magistrado la fórmula correspondiente para que el juez encargado de examinar la cuestion principal examine tambien la incidental. Esta es la opinion general, que ha sido combatida esforzadamente por Zimmern. Este jurisconsulto, afirmando que los textos romanos aducidos en favor de ella están mal interpretados, sostiene, que si el magistrado no era competente para la demanda de reconvencion cuando se la consideraba aisladamente, no lo debia ser tampoco por la circunstancia de ser presentada por reconvencion. Sea de esto lo que quiera, está fuera de duda que en tiempo de Justiniano era competente en la reconvencion el magistrado ante quien se habia entablado la accion. Por último, por conexion de causa se hacia com-

(1) §. inicial, ley 19 tit. I, lib. V del Dig.
(2) §§ inicial y 1, ley 50 del mismo título y libro.
(3) §. 2, ley 19 del mismo titulo y libro.
(4) Ley 65 del mismo titulo y libro.
(5) §. 3, ley 19 del mismo titulo y libro.
(6) §. 1, ley 19; y §. 1, ley 36 del mismo titulo y libro.
(7) Ley 1, tit. XV, lib. III del Cód.
(8) Ley única, tit. XVI, lib. III del Cód.

petente el magistrado, cuando en un negocio criminal surgia un incidente civil (1): y por el contrario, en un negocio civil el juez podia decidir sobre la calumnia (2). En los asuntos conexos las partes eran enviadas ante el mismo juez (3). Muy dudoso es si el magistrado competente para un negocio lo era para todos los demás.

Lugar en que se administraba justicia. Primitivamente el magistrado administraba justicia en el foro sentado en una silla curul: desde este lugar pronunciaba las decisiones denominadas *decretos*, despues de tomar conocimiento del negocio que se sometia á su deliberacion (4), y daba accion y jueces que entendian en el exámen de las cuestiones litigiosas. De aquí vienen las expresiones *tribunali præesse*, *pro tribunali cognoscere*, que equivalen á la de *dar audiencia* (5). Además de estos decretos, que se pronunciaban en forma tan solemne, daba otros sin conocimiento de causa por simple requerimiento del interesado, *libellus*: de estos decretos se decia que los pronunciaba *de planô* (6).

Tiempo en que podia administrarse justicia. Solo en los dias fastos *in quibus fari licet*, podia administrarse justicia; no así en los nefastos ó feriados: por esto aludiendo á que el poder del pretor se expresaba con las palabras *do*, *dico*, *addico*, decia Ovidio:

Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur;
Fastus erit per quem lege licebit agi.

En la Introduccion histórica á esta obra he indicado la grande influencia que daba al sacerdocio en los negocios judiciales el señalamiento de los dias en que podian seguirse las actuaciones. Habia dos clases de dias feriados ó nefastos: unos solemnes y regulares; otros repentinos y extraordinarios (7). Los solemnes ó regulares ya eran festividades aisladas, ya vacaciones en tiempo de recoleccion ó de vendimia; pero durante las vacaciones era permitido ejercer actos de jurisdiccion voluntaria, y aun de contenciosa cuando habia peligro en demorar una decision (8). En las provincias, los que respectivamente las gobernaban, arreglándose á las costumbres, se-

---

(1) §. 4, ley 4: y ley 1. tit. XL, lib. I del Cód.
(2) §. 1, ley 31, tit. XII, lib. XL del Dig.
(3) §. 4, ley 3, tit. III, lib. XLIII del Dig.
(4) §. 1, ley 9, tit. XVI; y ley 1, tit. XXII, lib. I del Dig.
(5) §. 1, ley 2, tit. XV, lib. XXXVIII del Dig.
(6) Ley 7, tit. III, lib. XXVI; §. 8, ley 3, tit. I, lib. XXXVII: §. 1, ley 2, tit. XV, libro XXXVIII del Dig.; y ley 4, tit. XI, lib. III del Cód.
(7) §. 7, ley 26, tit. VI, lib. IV del Dig.; y ley 3, tit. XI, lib. III del Cód.
(8) §. inicial, ley 1; ley 3, tit. XII, lib. II, §. 6, ley 11, tit. V, lib. XLVIII del Dig.: y ley 8, tit. XII, lib. III del Cód.

ñalaban el tiempo de vacaciones; generalmente lo era el de la vendimia (1). Como fiestas extraordinarias se contaban las que con motivo de acontecimientos faustos y repentinos establecian el rey, el cónsul ó el pretor; mas en este caso debia concederse la restitucion al que por ellas fuera perjudicado, porque entonces no podian, como en las festividades ordinarias, estar preparados los litigantes (2). Solo durante las horas del dia se administraba justicia.

Jueces.

Para evitar la confusion que podria nacer de la costumbre que tenemos de aplicar la palabra *juez* á funcionarios públicos revestidos de jurisdiccion, conviene ante todas cosas recordar lo que ya queda indicado antes de ahora, á saber, que los jueces, á diferencia de los magistrados, no ejercian jurisdiccion, si bien su cargo era público en el sentido en que lo era el de la tutela, y que entendian en los negocios circunscribiéndose á la fórmula precisa y rigurosa que del magistrado recibian. Mas la palabra juez, *judex*, unas veces se referia á todas las personas autorizadas para juzgar, y era por lo tanto genérica, y otras hacia relacion á una sola clase de ellas, al *judex unus*, de que hablaré despues. Tomada la palabra *juez* en su significacion mas lata, tenia mayor afinidad que con los que nosotros llamamos jueces, con los jurados establecidos en algunos paises: en efecto, además de ser simples ciudadanos, su cargo se limitaba al negocio dado para que eran elegidos, y concluia pronunciado el juicio. Comunmente se dice que solo conocian de cuestiones de mero hecho; mas esto cerece de exactitud, porque á veces entendian tambien en cuestiones de derecho, y otras á un tiempo en cuestiones de hecho y de derecho, como oportunamente sostiene Mr. Bonjean. Aunque no se dé asenso á algunos autores que, fundados en la autoridad de Dionisio Halicarnaso, suponen que el establecimiento del juez, *judex*, en el sentido específico de la palabra, se remonta á los mismos tiempos de Rómulo, no puede negarse que su orígen se pierde en las tinieblas de la antigüedad: asi se observa que una de las mas antiguas acciones de ley se denominaba *judicis postulatio*: y si se ha de dar crédito á Ciceron, á Aulio Gelio y á Festo, se hacia ya mencion de los jueces y de los árbitros en las leyes de las Doce Tablas. Los jueces, tomada esta palabra en su sentido lato, eran de cuatro clases: el denominado *juez* en sentido específico, el *árbitro*, los *recuperatores* y los *centumviros*.

---

(1) Ley 4, tit. XII, lib. II del Dig.
(2) §. 1, ley 26, tit. VI, lib. IV del Dig.

Juez, árbitro, judex, arbiter. El juez, en el sentido estricto de la palabra, del mismo modo que el árbitro, siempre juzgaban solos, pues aunque las leyes de las Doce Tablas mencionan tres árbitros, no se sabe positivamente cuál era la mision de estos, y hay motivos poderosos para creer que no pertenecian á la clase de árbitros de que aquí se trata. En la Introduccion histórica de esta obra manifesté que en mi opinion no habia entre los jueces y árbitros otra diferencia que la mayor ó menor latitud que, segun la naturaleza del negocio litigioso, daba la fórmula del magistrado al ejercicio de sus funciones. Mas debo advertir ahora que conviene no confundir los árbitros de que en este lugar se habla, esto es, los jueces dados por el magistrado, con los árbitros privados, á quienes las partes confiaban la decision de sus diferencias, pues estos, además de no desempeñar bajo ningun aspecto cargo público, no podian obligar á las partes á comparecer y á hacer sus defensas, ni á que pasaran por su sentencia, ni esta adquiria el carácter de cosa juzgada, ni por lo tanto producia la accion *judicati*, ni la excepcion *rei judicatæ* (1). Así es que para que el compromiso tuviera valor era necesario que se hallara garantido con la estipulacion de una pena (2) en que incurriese aquel que fuera causa de que el árbitro no pronunciara la sentencia (3), ó rehusase obedecerla despues de pronunciada (4). Esta diferencia, entre unos y otros árbitros, resalta mas cuando se observa que la ley Julia prohibia expresamente, como dice Ulpiano (5), que el juez constituido por el magistrado aceptase en la misma causa el cargo de árbitro privado, añadiendo que si como árbitro pronunciara sentencia, el que rehusase someterse á su decision no incurriera en la pena del compromiso.

El juez, primitivamente, pertenecia al órden patricio. La ley Sempronia, en el año 632 de la fundacion de Roma, traspasó los juicios de los senadores á los caballeros. Desde entonces empezó á ser un objeto contínuo de disputa entre el órden senatorio y el de caballeros prerogativa tan interesante, hasta que en el año 684 se formó una ley judiciaria de transaccion atribuida á Aurelio Gotta, que estableció tres decurias de jueces; una de senadores, otra de caballeros y otra de tribunos del Tesoro: esta última decuria fué suprimida por Julio César, y restablecida dos años despues por Antonio, que la compuso de militares, sin consideracion ninguna al

---

(1) Ley 2, tit. VIII, lib. IV del Dig.; leyes 1 y 5, tit. LVI, lib. II del Cód.; y cap. 2 de la novela 82.
(2) §§. 2 y 3, ley 11; y §. 1, ley 13, tit. VIII, lib. IV del Dig.
(3) §§. 4 y 6, ley 27 del mismo título y libro.
(4) §. 2, ley 27; y leyes 38 y 44 del mismo título y libro.
(5) §. 2, ley 9 del mismo título y libro.

censo que pagaban. A las tres decurias referidas añadió Augusto otra cuarta, compuesta de personas que pagaban un censo muy bajo, *ex inferiori censu*, á las cuales confió el juicio de los negocios de poca importancia: sus individuos eran denominados *ducenarii*, bien porque solo tenian doscientos sestercios, ó bien porque recibian esta cantidad como sueldo: Calígula aumentó una quinta decuria. En cada año se formaban las listas de los que debian tener el cargo de jueces: su eleccion pertenecia al magistrado superior que ejercia la jurisdiccion, el cual juraba incluir solamente personas que fueran honradas. Hechas las listas, se fijaban al público, lo que dió orígen á las frases *judices selecti*, *judices in albô relati*: las listas en su orígen tenian trescientos nombres, cuyo número varió despues, llegando á ser mil en tiempo de Augusto, y ascendiendo á algunos miles, segun dice Plinio, en épocas posteriores. Estos jueces eran llamados del mismo modo para la decision de los negocios criminales que para la de los civiles. Dúdase si los árbitros debian ser elegidos de las listas.

Era un principio fundamental en el procedimiento romano que el juez debia ser consentido por las partes: estas generalmente eran las que los designaban; por lo cual sin duda se decia que tomaban el juez, *judicem sumere*. Ordinariamente el demandante lo proponia al demandado, *judicem ferre*, el juez lo revestia del poder de juzgar, *judicem dare vel addicere*. Si las partes no se ponian de acuerdo respecto al juez, lo nombraba de oficio el magistrado: los litigantes podian conformarse con él ó expresamente, ó de un modo tácito, esto es, guardando silencio, y recusarlo sin causa, *recusare*, *rejicere*, *ejerare*. Cuando las partes, no habiéndose puesto de acuerdo sobre la eleccion del juez, rechazaban al que les daba el magistrado, la suerte decidia. Como, segun queda dicho, las funciones de juez eran un cargo público (1), ninguno sin legítima causa podia excusarse de ellas (2). Las excusas debian alegarse antes de tomar conocimiento del negocio: si la causa era posterior á la aceptacion, solo en caso de necesidad se accedia á dar otro juez, por lo que si la excusa era temporal, se esperaba á que cesase (3). Habia motivos legales que incapacitaban á los jueces: la incapacidad, como dice Paulo, dimanaba ó de la naturaleza, ó de la ley, ó de las costumbres (4). El mismo jurisconsulto explica estas incapacidades: por la naturaleza eran inhábiles el sordo, el mudo, el furioso sin inter-

(1) Ley 78, tít. I, lib. IV del Dig.
(2) §. 2, ley 13, tít. V, lib. L del Dig.
(3) §. 3 de la misma ley.
(4) §. 2, ley 12 del mismo título y libro.

valos, y el impúbero; el menor de edad podia ser juez á los diez y ocho años, y aun antes si los litigantes lo elegian con este conocimiento (1), pero podia excusarse del cargo hasta la edad de veinte años (2). Estaba prohibido por las leyes ser juez al removido del senado, y por las costumbres á las mujeres y á los esclavos, porque no podian ejercer oficios civiles. De notar es, que el parentesco no era suficiente causa para inhabilitar al juez, aun en el caso de que fuera tan estrecho como de padres á hijos (3), lo que se fundaba sin duda en que la aquiescencia y voluntad de las partes al conformarse en la eleccion del juez, destruia la sospecha de parcialidad que podia infundir el parentesco.

En las provincias se observaba un método análogo al de Roma: sus gobernadores formaban decurias de jueces en las ciudades en que ejercian su jurisdiccion, decurias que se llamaban *conventus*, nombre que no les era especial.

El juez prestaba juramento, se sentaba en el *subsellium* rodeado ordinariamente de consejeros, y juzgaba en audiencia pública y en el foro.

Recuperatores. Tambien en la Introduccion histórica á esta obra expuse que no se conoce suficientemente el origen y funciones de los *recuperatores*. Paréceme, sin embargo, adoptando la opinion mas recibida, que se debe su origen á que no pudiendo ser dado el juez único mas que para decidir los litigios de los ciudadanos, cuando la frecuencia de relaciones entre los peregrinos y los romanos hizo necesario proteger los derechos legítimos que nacian entre ellos, se introdujeron los *recuperatores*. Estos se sujetaban tambien á la fórmula que recibian del magistrado del mismo modo que el juez único y el árbitro, y generalmente eran tres, uno nombrado por cada litigante, y otro por el magistrado; á veces eran cinco, y en las provincias se requeria hasta veinte para juzgar de las justas causas de manumision (4). No eran tomados de las listas que se formaban para los jueces, de que se habló antes, sino nombrados extraordinariamente por el magistrado, y podian ser romanos ó peregrinos. Los *recuperatores*, procedian de un modo mas rápido y expedito que los jueces y los árbitros; cuando en virtud de la fórmula del magistrado entendian en negocios contenciosos, no se arreglaban á la forma de proceder de las acciones de ley; menos rigurosos, por el contrario, prepararon la épo-

---

(1) Ley 57, tít. I, lib. XLII del Dig.
(2) Ley 41, tít. VIII, lib. IV del Dig.
(3) Ley 6 del mismo título y libro, y ley 57, tít. II, lib. V del Dig.
(4) §. 20, Com. I de las Inst. de Cayo.

ca en que tan exclusivo sistema fuera reemplazado por otro de carácter mas universal y filosófico.

Centumviros. Como mas incierto aun presenté en la Introduccion histórica el orígen, la organizacion y funciones de los magistrados conocidos con el nombre de *centumviros.* Esta institucion pudo ser el resultado de la lucha que por tanto tiempo agitó en Roma á los diferentes órdenes de ciudadanos, y que concluyó con el triunfo de la democracia. La administracion de justicia estaba en Roma, como con repeticion he indicado, en manos del patriciado y del sacerdocio parte integral del patriciado. Desde el tiempo de Servio Tulio fué operándose lenta y sucesivamente la revolucion que habia de terminar por la emancipacion del pueblo, y por la participacion de todos los ciudadanos en la cosa pública. Entre las conquistas de la plebe debia contarse naturalmente la de sustraerse de la autoridad opresora que podian hacer pesar sobre ella los patricios so color de justicia, y por lo tanto el derecho de ser juzgados sus individuos por otros de su órden, á lo que es consiguiente que no lo fueran por el juez único, *unus judex*, que como se ha visto, pertenecia al órden patricio. Algunos escritores suponen que el establecimiento de los centumviros, pertenece al tiempo de Servio Tulio, en cuyo reinado dió principio el cambio de la constitucion antigua á favor de los plebeyos: otros le asignan una época mas moderna, el año 512 de la fundacion de Roma, apoyándose en la autoridad de Festo, el cual dice, que siendo el número de tribus el de treinta y cinco, y eligiéndose tres jueces por cada tribu, daban el resultado de ciento y cinco que era el número de centumviros; y en que en el expresado año llegaron á ser treinta y cinco las tribus con la formacion de la Velina y de la Quirina. Pero dejando aparte estas investigaciones que me llevarian lejos de mi propósito, paréceme lo mas cierto que los centumviros estaban tomados indistintamente de todas las clases de la sociedad, y que debian á la eleccion el lugar que ocupaban. Tampoco es fácil fijar si esta eleccion correspondia al magistrado ó al pueblo, si era anual ó de mayor duracion, aunque es de creer que, como sucedia con los funcionarios públicos, deberian su eleccion al pueblo, y que esta seria anual.

Los centumviros no eran nombrados para un negocio determinado, sino que constituian una especie de tribunal permanente peculiar á la ciudad de Roma, pues no habia otro de su clase en las provincias. Dividíanse ya en dos, ya en cuatro secciones llamadas *consilia* ó *tribunalia.* En la oscuridad de que está rodeado todo cuanto á los centumviros se refiere, no se sabe si cada una de las secciones juzgaba separadamente llevando el nombre del cuerpo entero, ó si por el contrario, todas se reunian para juzgar, y la division de secciones solo tenia por objeto facilitar las deliberaciones y

contar los votos, ni si las causas debian ser llevadas de una á otra seccion, ó de una seccion al tribunal completo, ni si habia negocios en que podia entender una ó mas secciones, al mismo tiempo que otras exigian el exámen de toda la corporacion, ni por último, si en el supuesto de deliberar separadamente las secciones, la causa debia ser defendida delante de cada una de ellas, ó en presencia de todos los centumviros.

El tribunal de los centumviros fué en su principio presidido por los que habian sido cuestores. Augusto confió su convocacion y direccion á los decemviros *litibus judicandis*, institucion envuelta en no menos oscuridad que la de los centumviros á la cual estaba íntimamente ligada. En tiempo de Plinio el tribunal de los centumviros era presidido por el pretor, y estaban en él presentes los decemviros.

Los centumviros celebraban sus sesiones durante la república en el foro, y venida la época de los emperadores en la basílica Julia: delante del tribunal se colocaba una lanza, símbolo de la propiedad romana; de aquí traen el orígen las frases *hastæ judicium*, *hastæ præesse* (1), *hastam cogere*. De esto han querido algunos decir que en un principio los centumviros debieron solo entender en las cuestiones de la propiedad quiritaria, y que en prueba de que esta era su única competencia, estaba la lanza colocada en el tribunal; pero semejante deduccion no es exacta, porque tambien las cuestiones de propiedad se sujetaban al exámen del único juez, *unus judex*, y nada autoriza á sostener que se colocase la lanza delante de él: cuando se ocupaba en el exámen de tales litigios.

La competencia del tribunal centumviral se extendia á tres puntos, á saber, las cuestiones que versaban acerca del estado de las personas, las que se suscitaban respecto del dominio quiritario, y las que tenian por objeto la sucesion testada ó intestada: de manera que solo dejaba de entender en las cuestiones relativas á las obligaciones y á la posesion. El modo de proceder el tribunal centumviral era el de la accion *sacramenti:* despues que el rito de la accion estaba cumplido ante el magistrado, las partes se sometian al exámen de los centumvivos y volvian al magistrado para la ejecucion de la sentencia.

El carácter popular, la importancia política que tenia el tribunal centumviral, y las grandes garantías de imparcialidad, de justicia y de acierto que ofrecia á los litigantes, produjeron que cuando bajo el peso de la execracion pública cayó el sistema de las acciones de ley, siendo

---

(1) §. 29, ley 2, tít. II, lib. IX del Dig.

suprimido por la ley Ebucia, se conservara aun aquel tribunal, y lo que es mas, que con su existencia salvase una parte de las acciones de ley, porque para proceder delante de él fué siempre necesario llenar preliminarmente las formalides de la accion *sacramenti*. El jurisconsulto Paulo, escribió un libro especial acerca del tribunal de los centumviros, institucion que es de presumir que subsistió hasta las innovaciones hechas en tiempo del Emperador Constantino. No hay ningun documento de que pueda inferirse la constitucion de este tribunal en tiempo de los emperadores cristianos; Justiniano (1) habla de la grandeza y autoridad de los centumviros como de una institucion relegada á la historia.

Acciones de ley.

La frase accion de ley, *actio legis*, se deriva de que, como dice Cayo (2), en un principio esas acciones fueron establecidas por las leyes, puesto que entonces no daban aun edictos los pretores, ó de que las palabras que debian ser pronunciadas en ellas se hallaban de tal modo ajustadas á la ley, que la menor omision ó descuido daba por resultado que perdiese su derecho el que las entablaba. Esto era de tal modo, que el mismo jurisconsulto dice que si uno dedujera una accion porque hubiera cortado unas vides de su propiedad, y usase de la palabra *vides*, perdia el pleito por no haber empleado la de *árboles*, que era la expresion de que se valia la ley de las Doce Tablas, en virtud de la cual competia la accion.

Habia cinco acciones de ley denominadas *actio sacramenti*, *judicis postulatio*, *condictio*, *manus injectio* y *pignoris capio*.

Accion sacramenti.

Primitivamente cada uno de los litigantes debia ante todas cosas depositar en poder de los Pontífices cierta suma á que se daba el nombre de *sacramentum*, porque el que perdia el pleito no podia recogerla, quedando destinada en un principio á las necesidades del culto, y posteriormente al Estado. De aqui se infiere que el *sacramentum* era una pena impuesta á los litigantes temerarios, á los de mala fé y á los que no tenian los medios de prueba necesarios

---

(1) Ley 12, tit. XXXI, lib. III del Cód.
(2) §. 11, Com. IV de sus Inst.

para hacer prevalecer en los tribunales la causa que defendian. Aunque despues, en lugar del depósito, bastaron fiadores, *prædes sacramenti*, que respondieran de la cantidad que en otro caso deberia depositarse (1), se daba siempre á la suma igual aplicacion. Esta suma era diferente, segun la naturaleza y la importancia de los negocios. Las leyes de las Doce Tablas la fijaron en quinientos ases cuando el valor del litigio excedia ó llegaba á mil ases, y en cincuenta ases en el caso de que no llegara á la cantidad referida, ó el juicio versase acerca de la libertad (2). En tiempo de Cayo la tasa de la cantidad de los procesos que se ventilaban ante los centumviros, era de ciento veinticinco sestercios, ó lo que es lo mismo, de quinientos ases.

La accion *sacramenti* era la mas antigua y la que mas participaba de la rudeza de los tiempos, de la influencia del sacerdocio y de los símbolos con que los pueblos nuevos suelen materializar el ejercicio de sus derechos: era una accion general y se aplicaba á todos los negocios en que versaban derechos *en* la cosa ó derechos *á* la cosa, con tal que la ley no les hubiera señalado diferente procedimiento. Mas es probable que despues de la introduccion de la accion de ley *per condictionem*, la accion *sacramenti* solo se aplicara á las reivindicaciones y á las reclamaciones relativas á la desmembracion de la propiedad, á la peticion de la herencia y á la libertad.

Accion «sacramenti» respecto á las obligaciones. La parte de las Instituciones de Cayo que se refiere á la accion *sacramenti* respecto á las obligaciones ha quedado ilegible: Heffter ha suplido esta falta de un modo verosimil, que admito siguiendo el ejemplo de otros escritores de derecho romano. Estando los litigantes en presencia del magistrado, el demandante se dirigia al demandado en estos términos QUANDO IN JURE TE CONSPICIO, POSTULO AN FIAS AUCTOR QUA DE RE MECUM NEXUM FECISTI. Respondiendo negativamente el demandado, continuaba el demandante: QUANDO NEGAS SACRAMENTO QUINGENARIO TE PROVOCO, SI PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIEM. El demandado contestaba á este reto: QUANDO AIS NEQUE NEGAS, ME NEXUM FECISSE TECUM, QUA DE RE AGITUR, SIMILITER EGO TE SACRAMENTO QUINGENARIO PROVOCO, SI PROPTER ME FIDEMVE MEAM, CAPTUS, FRAUDATUSVE NON SIES. Despues de tales provocaciones, por las que constaba explícitamente la poca conformidad de los litigantes, estos pedian un juez que se les otorgaba pasado un término de treinta dias: hecho esto como despues se verá, las partes convenian en presentarse ante el juez dentro del tercer dia, *comperendinum diem*

(1) §. 15, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §§. 14 y 15 del mismo Comentario.

denuntiabant, y á su presencia manifestaban sucintamente su derecho respectivo, *causæ collectio* (1). Del que triunfaba en el juicio se decia que tenia *sacramentum justum*, é *injustum* del que perdia: si el demandante conseguia su objeto, recobraba la suma que habia depositado, además de ganar el proceso, y su contrario perdia el pleito y la consignacion que habia hecho; mas si el demandante perdia el litigio, perdia tambien el depósito.

Accion «sacramenti» respecto á los derechos reales. Fácilmente se concibe que el pueblo romano, que consideraba la conquista y el despojo de los enemigos como el mejor título de propiedad, al elegir imágenes y símbolos que materializaran las cuestiones de dominio, los buscara en la guerra; viniendo á presentar las demandas de reivindicacion un combate fingido. Conviene para mayor claridad hacer aquí distincion entre los bienes muebles y raices.

En los bienes muebles. La cosa mueble objeto del litigio era llevada á presencia del magistrado, *in jure, in mediô*: el que introducia la accion teniendo en una mano una varita, *festuca, vindicta*, símbolo de la lanza, que á la vez lo era de la propiedad, como se ha dicho ya en otras ocasiones, cogia con la otra mano la cosa litigiosa, por ejemplo, un esclavo, y pronunciaba estas palabras: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO SECUNDUM SUAM CAUSAM, SICUT DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM IMPOSUI, y al mismo tiempo tocaba con la varita el objeto que reivindicaba. Otro tanto por su parte hacia y decia el demandado. Despues simulaban ambos litigantes un combate, *manum conserebant*, de modo que ninguno era considerado coma poseedor; por eso se decia del demandante *qui prior vindicat*, y del demandado *qui contrà vindicat*. El pretor pronunciaba luego estas palabras: MITTITE AMBO HOMINEM, dejad los dos al esclavo que reivindicais; obedecian ambos: el demandante, dirigiéndose á su contrario, se expresaba así: POSTULO ANNE DICAS QUA EX CAUSA VINDICAVERIS; contestaba el demandado: JUS PEREGI SICUT VINDICTAM IMPOSUI, y así se formalizaba la reivindicacion. Concluidos estos preliminares, se pasaba á la constitucion del *sacramentum*: al efecto el demandante decia: QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI D ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO, á lo que replicaba el demandado: SIMILITER EGO TE. Acto contínuo determinaba el magistrado quién de los litigantes debia tener en el juicio la consideracion de poseedor, ó lo que es lo mismo, de reo ó demandado, *secundùm alterum eorum vindicias dicebat*: esta posesion solo tenia el carácter de interina, y obligaba á aquel á quien se otorgaba á garantir la restitucion de la

---

(1) § 15, Com. IV de las Inst. de Cayo

cosa litigiosa y de los frutos percibidos durante el litigio, en el caso de que triunfase su contrario: á la determinacion del magistrado se daba el nombre de *vindiciarum dictio* ó *addictio*, y á los que salian garantes el de *prædes litis et vindiciarum*, ó de *prædes litis vindiciarum*, fiadores que no deben confundirse con los llamados *prædes sacramenti*, que eran los que, segun queda dicho antes, garantizaban el pago de la suma que primitivamente se constituia como depósito y que perdia el vencido en el litigio. El procedimiento ante el magistrado concluia por la dacion del juez, en lo que se seguia el mismo órden que antes expliqué al tratar de la *accion sacramenti* respecto de las obligaciones. Las Instituciones de Cayo (1), de donde en su mayor parte está tomado lo que dejo aquí expuesto, han dado notable luz á este punto antes muy poco conocido.

En los bienes inmuebles. Como á fin de cumplir con las formalidades de la reivindicacion en los términos referidos, los litigantes y la cosa litigiosa debian estar delante del magistrado, era indispensable para llenar esta circunstancia esencial respecto á las cosas inmuebles, que el magistrado y los interesados se personaran en el sitio en que radicaban, y de aquí el que la *accion sacramenti*, en los procesos relativos á los bienes raices, tuviese una solemnidad mas, á que se daba el nombre de *deductio*. Respecto á ella hubo diferencias en la série de los tiempos. Primitivamente, y aun en la época de las Doce Tablas, se hacia realmente esta escursion del magistrado y de los litigantes al terreno en que se hallaba la cosa, y en él se observaban estrictamente todas las solemnidades que respecto de las cosas muebles quedan antes descritas. Aumentadas las atenciones de los magistrados, ya no pudo serles tan fácil hacer por sí esta diligencia, por lo que debieron sin duda ordenar á los litigantes, despues de oir sus opuestas pretensiones, que fueran al sitio donde se hallaba la cosa disputada acompañados de testigos, *superstites:* allí tenia lugar el combate simulado, *manum consertio*, y despues volvian á presentarse al pretor con alguna parte de la cosa litigiosa, un terron, por ejemplo, si el pleito versaba acerca de una heredad, y una teja si en él se disputaba un edificio (2), y sobre estos objetos se verificaban las solemnidades de la reivindicacion delante del magistrado. En tiempo de Ciceron, la deduccion, *deductio*, era simulada: las partes no se constituian en el punto en que estaba la cosa inmueble, sino que se reputaba que lo hacian: rito de que con gracejo se burla el célebre orador.

(1) §. 16, Com IV.
(2) §. 17 del mismo Comentario.

Accion per judicis postulationem.

Sensible es que falte del todo la parte del manuscrito de Cayo que se referia á la accion *per judicis postulationem*, porque de aquí dimana que para exponerla haya que acudir á conjeturas en lugar de apoyarse en sólidos fundamentos. No ha faltado quien ha supuesto (1) que la *judicis postulatio* era solo la parte de la *accion sacramenti* en que los litigantes pedian el juez: bastan para desechar esta opinion las Instituciones de Cayo, en que expresamente se dice que son cinco las acciones de ley, y se enumera como una de ellas la de *per judicis postulationem* (2). Ha dado lugar á poner en duda la verdadera existencia de esta accion la consideracion de que no se necesitaba, porque la *sacramenti* era general á toda clase de negocios, ya se refiriesen á derechos *en* la cosa, ya á derechos *á* la cosa. Para ocurrir á este reparo Heffter pretende que antes de la ley Pinaria no habia dacion de juez en la accion *sacramenti*, y que para obtenerla era necesario acudir á la de *per judicis postulationem*: supone al efecto que la ley Pinaria autorizó por primera vez la dacion de juez en la accion *sacramenti*; y para demostrarlo se ha aprovechado de la tercera laguna del párrafo 15, libro IV de las Instituciones de Cayo, donde faltan seis letras, supliéndolas del modo que mas cuadraba á sus deseos: *ante eam autem legem..... dabatur judex*. Heffter supone que en el hueco que se acaba de señalar con puntos falta la palabra *nondùm*; por el contrario Blondeau, supone que la que falta es *statim*: como se ve ambas conjeturas son de todo punto inconciliables. Sin entrar en el exámen de punto tan oscuro, baste observar que la opinion de Heffter resolveria solo las dificultades respecto al tiempo anterior á la ley Pinaria, pero no respecto al posterior. Mas como entre la *accion sacramenti* y la *per judicis postulationem* habia la diferencia de que en la primera era necesario hacer un depósito que perdia el que habia sido vencido en el litigio, lo que no sucedia en la *per judicis postulationem*, y como por otra parte muy bien podia suceder que las partes tuvieran el derecho de elegir entre las dos acciones la que mas conviniera á sus intereses, alternativa que despues se ve frecuentemente admitida en el derecho, no hay motivo para creer que no existieran estas dos acciones á la vez. Quizá tambien hubiese algunas causas en que una de las partes no pudiese obligar á la otra á la consignacion que se hacia en la *accion sacramenti*, conjetura que no encuentra apoyo en la auto-

---

(1) Tigerstroem.
(2) §. 12, Com. IV.

ridad de Cayo cuando dice (1): *sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut alitèr ageretur lege cautum non erat, de his sacramentô agebatur.* Así, es de presumir que la *judicis postulatio* tenia lugar en los litigios que requerian hacer una estimacion, no solo cuando se trataba de obligaciones aunque fuesen de derecho estricto, cuyo objeto fuera indeterminado por lo que hacia á su valor en metálico, sino tambien cuando se trataba de derechos *en* la cosa, en el caso de que la reivindicacion no pudiera producir sus naturales efectos por haberse extinguido la cosa reivindicada, y en todas las acciones de buena fé que existian en tiempo de la ley de las Doce Tablas que debian ser decididas por árbitros. A esta clase pertenecian la de *si aqua pluvia nocet* (2), los pleitos acerca del señalamiento de límites de las heredades, y las acciones *familiæ erciscundæ* y *communi dividundô* (3), en las cuales la consignacion ó fianza propia de la accion *sacramenti* hubiera parecido opuesta á los sentimientos de fraternidad y buena fé que el derecho queria que hubiera siempre entre los coherederos y los condueños.

Inútil seria la pretension de fijar hoy el procedimiento que se seguia en la accion *per judicis postulationen*: carecemos absolutamente de cuanto pudiera conducir á ilustrar este punto, y solo existe la fórmula que nos ha conservado Valerio Probo: J. A. V. P. V. D., *judicem arbitrumve postulo uti des.* Tampoco puede asegurarse si esta fórmula era especial á la accion *per judicis postulationem*, ó si, como es muy probable, servia para todas las acciones en que habia nombramiento de un juez.

Accion per condictionem.

Escasas son tambien las noticias que tenemos de la accion *per condictionem*: en el antiguo idioma, *condicere, dicere cum*, era lo mismo que *denunciare* (4), denunciar, anunciar, notificar. Llamábase esta accion *condiccion*, porque el acreedor en presencia del magistrado notificaba á su deudor con palabras solemnes que compareciera á los treinta dias ante el mismo magistrado para recibir un juez (5). La accion *per condictionem* es menos antigua que las demás acciones de ley: fué introducida por la ley Silia para los casos en que se reclamaba una suma determinada de dinero, *certa*

---

(1) §. 13, Com. IV de sus Inst.
(2) Ley 24, tít. III, lib. XXXIX; §. inicial, ley 21, tít. VII, lib. XL; y ley 5, tít. VIII, libro XLIII del Dig.
(3) §§. 1, 3 y 4, tít. XVIII, lib. I de las Sentencias de Paulo, y ley 1, tít. II, lib. X del Dig.
(4) §. 15, tít. VI, lib. IV de las Instituciones del Emperador Justiniano.
(5) §. 18, Com. IV de las Instituciones de Cayo.

pecunia, y la ley Calpurnia hizo extensiva su forma á toda accion personal que tuviera por objeto alguna cosa cierta, *de omni certâ re* (1). Cayo dice (2) que ya en su tiempo era muy cuestionable la causa de haberse introducido esta accion, pudiendo entablarse para el mismo objeto la *sacramenti* ó la *per judicis postulationem*: y así mucho mas difícil debe ser hoy dar una solucion satisfactoria á este punto. Heffter cree, con bastante fundamento, á mi juicio, que la accion *per condictionem* era mas sumaria que las acciones *sacramenti* y *per judicis postulationem*, lo que se explica perfectamente por tratarse en ella de la demanda de una cosa cierta y determinada. Alégase en comprobacion un texto de la ley de la Galia Cisalpina (3), que aunque se refiere al procedimiento formulario, no carece de fuerza cuando se trata de las acciones de ley, porque es de presumir que al cambiarse el sistema de proceder, se tendria en cuenta lo que antes existia. Solo en conjeturas puede fundarse cuanto se diga respecto al modo de abreviarse la tramitacion por la accion mencionada.

Accion per manus injectionem.

La frase *manus injectio* se refiere al acto de poner la mano sobre una cosa ó sobre una persona. No debe confundirse la accion de que en este lugar se habla, que era una accion de ley que tenia lugar ante el magistrado, *in jure*, con la *manus injectio* que se hacia extrajudicialmente en diferentes ocasiones, y de que hablaré mas adelante al tratar de la citacion del demandado que rehusaba seguir al demandante ante el tribunal. Considerada la *manus injectio* como accion de ley, se diferenciaba de las acciones *sacramenti, per judicis postulationem* y *per condictionem*, en que no daba lugar al nombramiento de un juez; y de la conocida con el nombre de *pignoris capio* en que esta no tenia lugar ante el magistrado.

Solo procedia la *manus injectio* en los casos determinados por la ley: tres eran sus clases, *judicati, pro judicatô* y *pura*. La mas antigua era la *manus injectio judicati*, que habia sido introducida por las leyes de las Doce Tablas como modo de ejecucion de los juicios. El que ejercia esta accion decia: QUOD TU MIHI JUDICATUS SIVE DAMNATUS EST, SESTERTIUM X MILLIA QUÆ DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILLIUM JUDICATI MANUS INJICIO, y al mismo tiempo cogia á su adversario por alguna parte del cuerpo. El deudor no podia resistirse, y si estaba dispuesto á sostener que era injusto

---

(1) §. 19, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) § 20 del mismo Comentario.
(3) Capítulo 21.

lo que se intentaba, no tenia derecho de hacerlo por sí mismo, sino por medio de un tercero llamado *vindex*, el que tomaba sobre sí la defensa. El *vindex* debia pagar por él en caso de que se decidiese que estaba en su lugar la *injectio manus*; el que no presentaba el *vindex* era llevado á casa del acreedor, en donde se le retenia en prisiones.

La *manus injectio judicati* se hizo extensiva con el trascurso del tiempo á algunos casos en que no habia mediado condenacion, y en los cuales el acreedor estaba autorizado á obrar como si realmente la hubiera habido, ó lo que es lo mismo, como si tuviera en su favor la autoridad de la cosa juzgada, *pro judicatô*; esta es la accion *manus injectio pro judicatô*. En tal caso se hallaba el que habiendo ya sido llamado ante el magistrado por la accion *per condictionem* en virtud de las leyes Silia y Calpurnia, no se presentaba en los treinta dias ni acudia á la citacion. Cayo (1) habla de las leyes Publilia y Furia *de sponsu*, de las cuales la primera permitia usar la *manus injectio* contra aquel que en el término de seis meses no reembolsaba las sumas que por él dió el que como *sponsor* habia salido garante, y la segunda autorizaba igualmente la *manus injectio* contra el que, siendo varios *los sponsores*, habia exigido de uno mas de la parte viril que le correspondia.

Llamábase *manus injectio pura* aquella en que se permitia al deudor defenderse y sostener su propia causa: diósele sin duda este nombre porque la deuda ni era resultado de la cosa juzgada, ni tenia tampoco fuerza de tal. Menos rigurosa que las demás, habia sido establecida por diferentes leyes sobre diversidad de asuntos: así es, valiéndome de los mismos ejemplos que pone Cayo (2), que en virtud de la ley Furia testamentaria habia lugar á la accion *per manus injectionem* contra aquel que habia recibido á título de legados mas de mil ases, si no estaba comprendido en las excepciones que permitian percibir mayor cantidad: así tambien en virtud de la ley Marcia tenia lugar la *manus injectio* contra los usureros para que devolviesen los intereses que indebidamente habian percibido. En la *manus injectio pura* el demandante no usaba las frases *judicati* ni *pro judicatô*, sino que manifestaba simplemente la causa en cuya virtud entablaba la accion diciendo despues: OB EAM REM EGO TIBI MANUM INJICIO.

Una ley, cuyo nombre no ha podido leerse en el manuscrito de Cayo (3), pero que segun la opinion de Savigni era la ley Aquilia publicada en el año 468 de la fundacion de Roma, echó por tierra el rigor

(1) §. 22, Com. IV de sus Inst.
(2) §. 23 del mismo Comentario.
(3) §. 25 del mismo Comentario.

excesivo de las acciones *per manus injectionem, judicati* y *pro judicató*, que, como se ha visto, no permitian al deudor defenderse por sí mismo: solo quedó subsistente el antiguo derecho cuando la accion se entablaba contra el que habia sido ya condenado, y contra el deudor que no reembolsaba al *sponsor* que le habia garantido.

Corresponde aquí tratar de los efectos de la *manus injectio*. Parte de ellos quedan expuestos ya en la Introduccion histórica, donde manifesté cuán triste era la condicion del deudor, el peso de las prisiones con que podia abrumársele, el escaso alimento que tenia obligacion de suministrarle el acreedor, y en fin, las veces que habia de sacársele al mercado público, para que excitando la compasion de sus amigos, de sus parientes ó de otras personas caritativas pudiera libertarse de la fatal suerte que le esperaba, puesto que la ley, bárbaramente atroz, autorizaba al acreedor que no quedaba pagado, á vender á su deudor al otro lado del Tiber y darle muerte, y lo que es mas, habiendo varios acreedores, les permitia que le hicieran pedazos y que se dividieran los restos ensangrentados del que no habia podido satisfacerlos.

El deudor en los dos meses que mediaban desde su entrega al acreedor *(addicebatur*, de donde proviene que se le llamase *addictus*, y tambien *adjudicatus* ó *judicatus)*, hasta su venta al otro lado del Tiber ó su muerte, era libre aunque estaba en esclavitud, esto es, era esclavo de hecho, no de derecho. En su consecuencia siempre que satisficiese á su acreedor, que transigiese con él ó que encontrase un *vindex*, salia, sin necesidad ninguna de emancipacion, del triste estado á que se hallaba reducido: no sufria, por lo tanto, ninguna *capitis-diminucion* hasta que era vendido. Debe hacerse distincion entre el adjudicado al acreedor antes de que se verificara su venta y el que los romanos llamaban *nexus* ó *nexu vinctus*. No se halla este punto de la historia tan claro como fuera de desear para pronunciar una opinion libre de toda clase de impugnaciones. El ilustre Savigny no está acorde con la mayor parte de los escritores alemanes modernos, y en especial con Niebuhr y Zimmern, á los que siguen algunos jurisconsultos franceses. Adopto la opinion de estos, que me parece la mas probable: segun ella, de la misma manera que el deudor podia entregar al acreedor una cosa suya con la condicion de volverla á obtener si pagaba al vencimiento que se fijara, así tambien podia hacer otro tanto con su persona, su familia y sus bienes: en este caso el deudor, su familia y sus bienes venian á estar *in mancipió* del acreedor. Hacian esto los deudores, ó bien para libertarse de la deuda ya existente, ó para contraer una nueva; pero, como segun queda dicho, los que así se entregaban á sus acreedores, era solo como en prenda, con el objeto de volver á la libertad una vez satisfecha la deuda, de aquí es que interponian un contrato de *fiducia* en virtud del

cual se obliga el acreedor á que si se le pagaba, devolveria al deudor su libertad por medio de la manumision; al así libertado se daba el nombre de *nexu solutus*. La mancipacion no daba la posesion (1); por esto en el caso de que el deudor no pagase al tiempo señalado, el acreedor tenia que reivindicarlo como *nexus*, y entonces en virtud del la adicion ó adjudicacion, *addictio*, adquiria la posesion. De lo dicho se infiere que se diferenciaba el *nexus* del *addictus* en que el *nexus* por la mancipacion sufria la capitis-diminucion antes de estar adjudicado á su acreedor, mientras que el *addictus* no la sufria hasta el momento de ser enajenado; en que el *nexus* era esclavo de derecho, aunque hasta el vencimiento de la obligacion gozaba de hecho de la libertad, y el *addictus*, estando de hecho en esclavitud, no era esclavo de derecho; en que el *nexus* entraba con su familia y bienes en poder del acreedor, al paso que el *addictus* no llevaba tras sí á poder del acreedor ni su familia ni sus bienes; en que el *nexus*, aun despues de pagar, necesitaba ser manumitido, y el *addictus* se libertaba por el solo hecho del pago; y por último, en que el *nexus* era una especie de liberto de su acreedor, y el *addictus* permanecia siempre ingénuo. La ley Petilia, dada en el año 428 de la fundacion de Roma, abolió la clase de esclavitud á que se sometia el *nexus*: la adjudicacion ó adiccion debió cesar desde el momento en que el pretor dió á los acreedores la *bonorum posesion*, en virtud de la cual podian cobrar directamente sus deudas á proporcion de los bienes que encontraban.

Pignoris capio.

Cayo en sus Instituciones (2) manifiesta que antiguamente habia divergencia entre los jurisconsultos acerca de si la *pignoris capio* era ó no accion de ley. Fundábanse los que sostenian que lo era, en la solemnidad de las palabras admitidas por el uso ó por las leyes, especialmente por las Doce Tablas. Mas no puede negarse que se diferenciaba esencialmente de las demás acciones, puesto que podia tener lugar fuera de la presencia del magistrado *extra jus*, sin estar presente el deudor y en un dia nefasto, circunstancias todas que no concurrian en ninguna otra de las acciones de ley.

La *pignoris capio* consistia en la aprehension real de una cosa que pertenecia al deudor, aprehension que se hacia con ciertas fórmulas solemnes, y en cuya virtud el dueño no podia recobrar la

---

(1) §. 204, Com. II; §. 131, Com. IV de las Inst. de Cayo, y § 313 de los Fragmentos Vaticanos.
(2) §. 29, Com. IV.

cosa, á no ser que pagara la deuda: venia por lo tanto á ser una ejecucion sobre los bienes, del mismo modo que la *manus injectio* lo era sobre las personas. Solo podia tener lugar en los casos que estaban determinados por la ley ó introducidos por la costumbre. Por la ley tenia lugar la *pignoris capio* contra el comprador de una víctima para los sacrificios que no hubiera satisfecho al vendedor, del mismo modo que contra aquel que no pagase el alquiler de la bestia de carga que uno habia dado en locacion para poder despues con la merced ofrecer un sacrificio: estas dos determinaciones eran de las leyes de las Doce Tablas (1). Otra ley, cuyo nombre solo en parte ha podido leerse en el manuscrito de Cayo, y que se cree comunmente que era la Censoria, concedia la *pignoris capio* á los arrendatarios de la percepcion de los impuestos (2). Por la costumbre se aplicó la *pignoris capio* á algunos créditos en que estaba interesado el servicio militar, *æs militare*, *æs æquestre*, *æs hordiarium*. Explicaré esto: el que militaba podia dirigirse por la *pignoris capio* contra el que estando encargado de pagar el sueldo á los soldados, *æs militare*, no lo pagaba, contra los que debian entregar al Estado un caballo á propósito para el servicio militar, *æs æquestre*, y contra los que estaban obligados á suministrar lo necesario para el mantenimiento del caballo, *æs hordiarium* (3). Las personas que estaban obligadas á prestar estos últimos servicios eran las viudas y los huérfanos ricos, quienes, ya que no podian contribuir con su persona á la formacion de los ejércitos, debián acudir con sus bienes á sostener esta como las demás cargas públicas.

Actos de procedimiento en el sistema de las acciones de ley.

Los actos del procedimiento tenian lugar unos ante el magistrado, *in jure*, y otros ante el juez, *in judició*.

In jure. Los actos que tenian lugar ante el magistrado eran los llamados *vocatio in jus*, *vadimonium* y *litis contestatio*.

Vocatio in jus. Toda instancia debia necesariamente comenzar por un acto cuyo objeto era llevar á aquel á quien se demandaba á la presencia del magistrado. Este acto, que los romanos llamaban *in jus vocatio*, equivale á la diligencia judicial á que nosotros damos el nombre de *citacion* ó *emplazamiento*. Muy diferente en los primitivos tiempos este acto de lo que es hoy, no requeria el ministerio de una persona revestida de aútoridad pública, sino que se hacia de un mo-

---

(1) §. 28. Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) Dicho §. 28.
(3) §. 27 del mismo Comentario

de que revelaba la rudeza de la época. El demandante, sin obtener órden alguna ni aun vénía de la autoridad, obligaba al demandado á seguirle para ir á la presencia del magistrado, diciendo estas palabras: IN JUS VENI, IN JUS SEQUERE, IN JUS EAMUS, IN JUS TE VOCO: si el demandado no obedecia, podia el demandante llevarlo á viva fuerza, *obtortô collô:* ni él mismo podia hacer resistencia, *manum sibi depellere*, ni era lícito á sus amigos y parientes sacarlo de las manos del demandante: mas en caso de resistencia el demandante tomaba testigos tocándoles en la oreja, *antestatur*, y decia las palabras LICET ANTESTARI, y acto contínuo podia hacer la aprehension; lo mismo tenia lugar en caso de que el citado incurriese en demora ó quisiese emprender la fuga. Si el llamado ante el magistrado no podia comparecer por razon de enfermedad ó de edad avanzada, era obligacion del demandante procurarle un vehículo en que fuera conducido, pero no dárselo cubierto. El demandado podia evitar seguir al demandante dándole un *vindex*, es decir, una persona que prometiese tomar su defensa y presentarse en su lugar. Este *vindex* debia ser rico si lo era el demandado; mas si este era pobre, cualquiera podia salir por él. Si los interesados transigian al tiempo de ir á presentarse al magistrado, se evitaban ulteriores procedimientos. Todas estas disposiciones dimanaban de las leyes de las Doce Tablas.

Vadimonium. Llegadas las partes ante el pretor, llenaban las formalidades peculiares á cada accion, en los términos que antes quedan expuestos; pero debe siempre tenerse presente que la *pignoris capio*, como se ha visto, no se hacia ante el magistrado. Este, atemperándose á las circunstancias, ya decidia el negocio cuando el demandado convenia en la justicia de la demanda ó aparecia clara su mala fé, ya algunas veces retenia el litigio para proceder á examinarlo, ó ya por último, dejaba para un juez el conocimiento del negocio, lo que tenia lugar mas frecuentemente: no está bien demostrada si era potestativo en el magistrado el decidir ó el retener un negocio en su tribunal. En los casos en que el exámen del negocio debia dejarse á los jueces, la discusion ante el magistrado, *in jure*, solo tenia por objeto fijar en términos precisos la cuestion y los principios con sujecion á los cuales debia ser resuelta: entonces, pedido que fuera por las partes al juez, lo obtenian en el término de treinta dias, como en otro lugar queda expuesto; y los interesados se prometian recíprocamente por medio de fiadores, que se llamaban *vades*, presentarse de nuevo al magistrado á su debido tiempo: esta garantía era lo que se denominaba *vadimonium* (1).

---

(1) §. 184, Com. IV de las Inst. de Cayo.

Litis contestatio. Cuando las partes por consecuencia del *vadimonium* volvian á presentarse al pretor en el dia señalado y persistian en sus respectivas pretensiones, el magistrado de viva voz les concedia el juez, y del mismo modo señalaba los puntos litigiosos sobre los cuales éste debia extender su exámen y dar la sentencia. Entonces las partes invocaban el testimonio de algunos de los presentes para que atestiguasen ante el juez las palabras pronunciadas por el magistrado, usando al efecto la frase sacramental TESTES ESTOTE: de aquí provienen las palabras *litis contestatio* ó *antestatio*, que se daba á este acto del procedimiento. La litis-contestacion producia entre las partes una obligacion nueva: al antiguo derecho que habia dado fundamento á la demanda, reemplazaba otro que consistia en el de perseguir al demandado ante el juez. De aquí dimanaba que aunque fuera accion real la que daba orígen al debate, el procedimiento ante el juez se asemejaba mucho al de las acciones personales, y que si era una obligacion personal la causa del litigio, quedase novada y convertida en otra obligacion en virtud de la contestacion á la demanda. Antes de retirarse las partes de la presencia del magistrado, se aplazaban para comparecer ante el juez al tercero dia, *comperendinum diem denuntiabant* (1). El emplazamiento se llamaba *comperendinatio*; el dia del aplazamiento *dies perendinus ó comperendinus*, y el pleito *res comperendinata.* Dudoso es si para asegurar esta comparecencia acudian ó no de nuevo las partes al *vadimonium*, parece natural que se apelase al mismo medio para obtener resultados parecidos, á lo que se agrega que no es de creer que faltara en aquel tiempo un modo de proceder especial contra los contumaces, como lo hubo despues del sistema formulario.

In judició. En el dia *perendino* las partes se presentaban ante el juez acompañadas de los testigos presenciales, á la litis-contestacion. Las leyes de las Doce Tablas habian previsto algunos casos en que era necesario prorogar el término, tanto por parte del juez como de los litigantes: entre estos motivos uno era la enfermedad grave, *morbus sonticus*, y el cumplimiento de un plazo para con un peregrino, *status dies cum hoste.* Presentaban las partes ante el juez un resúmen del negocio, *causæ conjectio ó causæ collectio*, como dice Cayo (2), aducíanse las pruebas y defendíanse los derechos respectivos. Todo esto tenia lugar en el comicio ó en el foro antes del medio dia: el juez despues pronunciaba la sentencia si estaba el negocio en estado, porque al ponerse el sol no podian continuar los procedimientos, con arreglo á las leyes de las Doce Tablas. Cuando no habia podido la cues-

(1) §. 15, Com. IV de las Inst. de Cayo

(2) Dicho §. 15.

tion ponerse á punto de resolucion en el mismo dia, quedaba aplazada su continuacion para el siguiente: todo el procedimiento, incluso la sentencia, se hacia á presencia de los interesados.

SEGUNDO SISTEMA.

Sistema formulario.

Cayo (1) dice que las acciones de ley poco á poco se hicieron odiosas al pueblo romano, porque la demasiada sutileza de los antiguos llevó las cosas á tal extremo, que el que incurria en el error mas insignificante perdia el pleito, que por esto la ley Ebucia y las dos leyes Julias abrogaron dichas acciones, y que se estableció el litigar por fórmulas. No son hoy bastante conocidas, ni la epoca en que se publicó cada una de las referidas leyes, ni la parte que respectivamente tuvieron en la abrogacion del antiguo sistema y en la formacion del nuevo. Fuera de toda duda está, que la ley Ebucia fué anterior al tiempo de Ciceron. No es tan claro cuáles son las leyes Julias á que se refiere el célebre jurisconsulto: la comun opinion supone que una de ellas era la ley Julia de juicios privados, *lex judiciorum privatorum*, del tiempo de Augusto; menos conformes están los intérpretes en si la otra ley Julia era la de juicios públicos, *lex judiciorum publicorum* del mismo Augusto, ó si debe corresponder al tiempo de Julio César. Heffter es de la primera opinion, y segun sus conjeturas eruditas y sagaces, pero atrevidas al mismo tiempo, deberia decirse que la ley Ebucia abolió la accion *sacramenti*, exceptuando aquellos casos en que el litigio era llevado ante los centumviros, y las acciones de ley *per condictionem* y *per judicis postulationem*, y que la *manus injectio* y la *pignoris capio* fueron suprimidas ó modificadas por las leyes Julias.

Pero dejando aparte el modo con que se verificó la transicion del sistema de acciones de ley al de las fórmulas, y considerando la revolucion que causó este sistema en los procedimientos, se observa que introdujo un cambio radical y ventajoso á la buena administracion de justicia. No consistia precisamente el sistema formulario en que el magistrado remitiera á los litigantes ante un juez para que este examinase y resolviese las cuestiones litigiosas, porque esto, como ya queda dicho, se verificaba tambien en el antiguo sistema de las acciones de ley: la fórmula era una especie de juicio interlo-

(1) §. 30. Com. IV de sus Inst.

cutorio en que el pretor determinaba la cuestion que habia de resolver el juez, trazaba su línea de conducta y le indicaba la sentencia ó la absolucion que debia pronunciar segun la prueba que se practicase. Diferénciase además el nuevo sistema del antiguo, en que los litigantes no tenian ya que recurrir á los ritos pantomímicos, ni á las palabras sacramentales é indeclinables de las acciones de ley: muy al contrario, el demandante introducia su pretension de un modo claro y vulgar, y en virtud de ella si el magistrado creia que los hechos alegados, en caso de probarse, podrian dar lugar á la condenacion del demandado, concedia la fórmula de la accion; mas por el contrario, si opinaba que á nada podia conducir la demanda, aun en el caso de que llegaran á probarse los hechos en que se apoyaba, entonces la rechazaba cortando así en su raiz el pleito.

Siguiendo un método análogo al empleado al tratar del sistema anterior, corresponde primeramente hablar de la organizacion judicial, y por lo tanto con la conveniente separacion de los magistrados y de los jueces, puesto que, como queda ya indicado, en esta época sigue la division entre las cosas que se hacian *in jure é in judició.*

ORGANIZACION JUDICIAL.

Magistrados.

El sistema formulario por sí mismo no introdujo grandes modificaciones en la organizacion judicial de los romanos; pero en la época que abarca, no como consecuencia de él, sino por efecto de los acontecimientos políticos que se sucedieron, hubo grandes modificaciones y aumento de funcionarios en el órden judicial. En el anterior sistema no habia órden alguno jerárquico entre los magistrados encargados de la administracion de justicia; pero mientras el sistema formulario estuvo en vigor, se observa que elevándose á una grande altura la autoridad del Emperador, reconcentra en sí toda clase de poder, y viene á ser de hecho una magistratura superior á todas las demás. No era difícil venir á parar á este resultado, porque refundida en los Emperadores la representacion de los tribunos de la plebe, como lo habian sido las demás magistraturas de la antigua república, podian oponerse á la ejecucion de las decisiones de los tribunales, y así este derecho de oposicion llegó á degenerar en un segundo grado de jurisdiccion, empresa de realizacion llana y de éxito seguro en un tiempo en que la voluntad de los Emperadores se reputaba la ley suprema del Estado. Sin contrapeso ninguno pasó mas adelante aun la dignidad imperial, estableciéndose el principio de que el Emperador en casos extraordinarios tenia el derecho de

juzgar en primera y única instancia. Esta suprema autoridad no se limitaba solo á juzgar, sino que tambien daba rescriptos. A su imitacion los procónsules provinciales hacian que su jurisdiccion dominase sobre todas las demás.

No me detendré á hablar del aumento natural de los magistrados producido por el que tuvo la poblacion y por las nuevas exigencias, especialmente en los momentos de luchas intestinas, sino de las magistraturas que debiendo su orígen á los acontecimientos políticos, tuvieron una parte esencial en la administracion de justicia. El prefecto de la ciudad, creado en tiempo de Augusto, que reuniendo á las funciones de los antiguos ediles la jurisdiccion criminal en Roma y en el radio de cien millas, vino despues á tener tambien la civil por conocer de las apelaciones de los demás tribunales de la ciudad, incluso el del pretor, y fué tambien desde el tiempo del Emperador Tácito el que entendia en las apelaciones que venian de las provincias. Asímismo desde el tiempo del Emperador Severo, el prefecto de las cohortes pretorianas entendió en las apelaciones de las decisiones dadas por los magistrados romanos. Mas siempre quedaba en último recurso la facultad de dirigirse al Emperador (1). En tiempo de Constantino alcanzaba la autoridad del prefecto del pretorio á decidir tambien en última instancia del mismo modo que el Emperador. A su vez los consulares en las provincias vinieron á ejercer la misma supremacía judiciaria de que estaban revestidos el prefecto de la ciudad y el de las cohortes pretorianas. Así se estableció un órden jerárquico completo de jurisdiccion, que llegó á tener hasta cuatro grados, á saber: del juez que decidia el negocio al magistrado que lo nombraba, es decir, al pretor en Roma, y al gobernador en las provincias; de estos podia apelarse al prefecto de la ciudad ó al de las cohortes pretorianas, y en las provincias á los consulares; y por último, de unos y otros al Emperador.

Fuera de estas alteraciones importantes se conservaban las antiguas magistraturas, si bien ya se aumentó el número de pretores, ya se crearon algunos especiales, uno para las tutelas, otro para los fideicomisos, y se dió á los cónsules participacion en el nombramiento de los tutores y en el conocimiento de las voluntades fideicomisarias. A pesar de que las provincias se dividian en las que eran del pueblo ó del Senado, y en las del César, no se hizo innovacion alguna en ellas respecto á la jurisdiccion, porque los que las gobernaban tenian siempre el poder de administrar y el de juzgar: exceptuábanse algunas ciudades privilegiadas que tenian sus propios magistrados, cu-

---

(1) Ley 38, tít. IV, lib. IV del Dig.

yas decisiones eran apelables siempre ante los gobernadores (1). Respecto á Italia, con los cuatro consulares creados por Adriano para administrarla, y despues con los cuatro magistrados superiores que en su lugar nombró Marco Aurelio bajo la denominacion de *juridici*, fué limitándose lenta y sucesivamente la jurisdiccion de los magistrados municipales á los objetos de poca importancia (2), se les quitó todo el imperio que no era absolutamente inherente á la jurisdiccion (3), y sus mismas sentencias fueron sometidas á la apelacion de los *jurídicos*.

En la Introduccion histórica á esta obra manifesté que en la época á que me refiero tenian los magistrados consejos de hombres prácticos y entendidos, que, introducidos al principio por la voluntad de los que ejercian las magistraturas, despues adquirieron el carácter de consejo permanente, y que los Emperadores hicieron lo mismo. Aquí solo debo añadir que estos asesores, á pesar de ejercer una gran influencia en la decision de los juicios, solo tenian voz deliberativa, y que se daba el nombre de *auditorium* al sitio donde el Emperador, el prefecto de la ciudad y el de las cohortes pretorianas los oian.

Réstame advertir que los gobernadores de las provincias no residian solamente en la ciudad capital de su distrito, sino que durante el invierno solian ir de uno á otro punto para tener las sesiones ó audiencias llamadas *conventus*, nombre que se daba tambien á los mismos pueblos en que se celebraban, por lo que las provincias se dividian en *juridici conventus*.

Jueces.

Durante el sistema formulario fué verificándose gradualmente la decadencia de los centumviros, para los cuales se habia conservado la accion *sacramenti*, abandonada despues por la práctica conforme iba generalizándose el nuevo procedimiento: las últimas cuestiones en que tuvieron intervencion fueron las en que se trataba de la validez ó nulidad de las últimas voluntades y de la querella de testamento inoficioso. A esta misma época debe referirse el que se aplicase á los ciudadanos en ciertas causas el juicio *per recuperatores*, y por el contrario, que el juez único y el árbitro pudieran ser dados tambien en los pleitos de los peregrinos entre sí, ó de los romanos

(1) §. inicial, ley 21, tit. I, y §§. 3 y 4, ley 1, tit. IV, lib. XLIX del Dig.
(2) Ley 28, tit. I, lib. L del Dig.: y §. 1, tit. V, lib. I de las Sent. de Paulo.
(3) Ley 26, tit. I, lib. L del Dig.

con los peregrinos (1); y es que el derecho cada vez, emancipándose del rigor y exclusivismo primitivos, iba tomando un carácter mas universal. No es fácil fijar cuáles eran los casos en que se daban *recuperatores*, y cuáles los en que se daba un juez único ó un árbitro; paréceme que el magistrado por regla general tenia cierta latitud que le permitia obrar con arreglo á las circunstancias y á la mayor ó menor urgencia de los negocios, porque el juicio *per recuperatores* era mas breve; pero está fuera de duda que habia causas especiales en las cuales debia tener lugar precisamente el juicio de estos, como sucedia respecto del patrono que se quejaba de ser llamado ante el magistrado por su liberto sin autorizacion prévia del pretor (2), y en el caso de que no se cumpliera el *vadimonium* (3).

Durante el sistema formulario se encuentra por primera vez la denominacion de *juez pedáneo* (4). No consta bien cómo debe entenderse esta frase. Zimmern distingue los jueces pedáneos de los jueces privados, y supone que tenian cierta investidura de magistrados, alegando por prueba que ante ellos habia lo que los romanos llamaban *vocatio in jus* y *postulare* (5): en su opinion jueces pedáneos eran los curiales de los municipios colocados en un rango inferior á los duumviros y quatuorviros, y para distinguirlos de ellos se les llamaba *jueces*, dándoles la denominacion de *pedáneos*, porque no se sentaban *pro tribunali*, sino en el *subsellium*. Esta opinion no me parece fundada; es mas probable á mi juicio la de Bethmann-Hollweg, segun la que los jueces privados son los mismos que los jueces pedáneos: apóyase principalmente en una constitucion del emperador Diocleciano (6), en que al suprimir la dacion de juez, llama jueces pedáneos á los que los antiguos llamaron jueces privados, y en que el emperador Justiniano en el título del Código (7) en que habla de los jueces pedáneos, inserta un rescripto de Gordiano (8), en el cual se trata de la dacion de juez, rescripto que solo puede referirse á los jueces privados. Pero sea de esto lo que quiera, está fuera de duda que al menos durante el sistema de los juicios extraordinarios, se llamó *jueces pedáneos* á los delegados para decidir los puntos litigiosos, los cuales no estaban revestidos del carácter de magistrados, sino que solo tenian el encargo de comprobar los hechos, y esto en casos

---

(1) §§. 37 y 103. Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 46 del mismo Comentario.
(3) §. 185 del mismo Comentario.
(4) Ley 38, tit. V de las Sentencias de Paulo; ley 4, tit. V, lib. XXVI; y §. 10, ley 58, título XVII, lib. XLVIII del Dig.
(5) Ley 1, tit. VII, lib. II; y §. 6, ley 1, tit. I, lib. III del Dig.
(6) Ley 2, tit. III, lib. III del Cód.
(7) Dicho título y libro.
(8) Ley 1.

extraordinarios y para objetos de muy poco valor (1). Segun la opinion del mismo Bethmann-Hollweg, los magistrados designaban por jueces á miembros que elegian entre los abogados ascritos á su tribunal.

SISTEMA FORMULARIO CONSIDERADO EN SI MISMO.

Para presentarse ante el juez era necesario, como queda indicado, haber obtenido una fórmula del magistrado. En esta fórmula se instituia el juez, se fijaban las cuestiones que era llamado á resolver, se le señalaban los principios jurídicos de cuya aplicacion quedaba encargado, y se le indicaba, aunque de un modo hipotético, la condenacion que debia pronunciar, dándole poderes mas ó menos limitados. La fórmula, por lo tanto, venia á ser simultáneamente la guia del juez en la averiguacion de los hechos y una sentencia hipotética. Lo dicho basta para conocer la importancia de las fórmulas; así es que en Roma los pretores eran muy escrupulosos para su redaccion, y como prenda de acierto consultaban á los jurisconsultos mas notables: y como en esta época llegó la ciencia á su apogeo, no son de extrañar la concision, la prevision, la sagacidad y el encadenamiento recíproco con que estaban redactadas las fórmulas, las cuales obtenian la debida publicidad expuestas en el *album* del pretor.

En el análisis que los romanos hacian de los diferentes elementos que entraban en la composicion de las fórmulas, distinguian las partes principales, *partes*, es decir, lo que era una consecuencia de la misma pretension del demandante, de ciertas adiciones accesorias, *adjectiones*, que á propuesta del demandante ó del demandado podian ser insertas en la fórmula.

Partes principales.

Las partes principales, dejando á un lado la del nombramiento del juez, eran, segun dice Cayo (2), la demostracion, la intencion, la adjudicacion y la condenacion, *demonstratio*, *intentio*, *adjudicatio*, *condemnatio*.

La *demostracion* era la parte de la fórmula que tenia por objeto manifestar el negocio acerca de que versaba el litigio. El mismo Cayo (3) pone dos ejemplos: QUOD AULUS AGERIUS NUMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT.=QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM HOMINEM DEPOSUIT.

---

(1) Ley 5, tít. III, lib. III, del Cód.
(2) §. 39, Com. IV de sus Inst.
(3) §. 40 del mismo Comentario.

La *intencion* era la parte de la fórmula en que el magistrado reproducia la pretension del demandante, parte que puede decirse que imprimia el carácter á la accion; en prueba de ello basta observar que muchas divisiones de las acciones, y sobre todo la de reales y personales se hallan establecidas bajo este punto de vista. Tres ejemplos de *intentio* presenta el mismo jurisconsulto Cayo (1). SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA DARE OPORTERE.== QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE OPORTERE FACERE.==SI PARET HOMINEM EX JURE QUIRITIUM AULI AGERII ESSE. La primera de estas tres fórmulas se refiere á la condiccion *certi*, porque es cierta la cantidad deducida en ella; la segunda á la condiccion *incerti*, y la tercera á la accion real. Las diferentes *intentiones* de que se hace mencion en las fórmulas que preceden, se llaman *conceptæ in jus*, porque promueven una cuestion de puro derecho, de la cual depende la absolucion ó la condenacion (2). Mas hay otras que se llaman *conceptæ in factum*, en las cuales la *demostracion* y la *intencion* se confunden, y, expresándose al principio de la fórmula el hecho, se añaden las palabras que dan al juez la potestad de condenar ó de absolver: como ejemplo de esta clase pone Cayo (3) la fórmula de que usa el patrono contra el liberto que le llama á juicio en contravencion al edicto del pretor: RECUPERATORES SUNTO: SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRÆTORIS IN JUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATO: SI NON PARET ABSOLVUNTO. El mismo jurisconsulto añade que las demás fórmulas relativas á la *in jus vocatio* eran *conceptæ in factum*, y por lo tanto la que se daba contra el que era llamado ante el magistrado y no comparecia ni daba el *vindex*, é igualmente la que se daba contra aquel que eximia al que era llamado ante el magistrado, y las innumerables del mismo género (son palabras del mismo Cayo) que se hallaban propuestas en el *album*. En algunas causas el pretor, ya daba acciones de las llamadas *conceptæ in jus*, ya de las llamadas *conceptæ in factum*: así sucedia con las acciones de depósito y comodato. Para que aparezca mas clara la diferencia entre estas fórmulas pondré el mismo ejemplo que con relacion á la accion de depósito presenta el citado jurisconsulto (4).

Fórmula *in jus concepta*.=JUDEX ESTO.—*Demonstratio*: QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT, QUA DE RE AGITUR.—*Intentio*: QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGI-

(1) §. 41, Com. IV de sus Inst.
(2) §. 45 del mismo Comentario.
(3) §. 46 del mismo Comentario.
(4) §. 47 del mismo Comentario.

DIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EJUS.—*Condemnatio*: ID JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO... SI NON PARET, ABSOLVITO.

Fórmula *in factum concepta*.=JUDEX ESTO.—*Demonstratio et intentio:* SI PARET AULUM AGERIUM APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUISSE, EAMQUE DOLO MALO NUMERII NEGIDII AULO AGERIO REDITTAM NON ESSE.—*Condemnatio:* QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO CONDEMNATO; SI NON PARET, ABSOLVITO.

La *adjudicacion* era la parte de la fórmula en que el magistrado señalaba al juez para adjudicar á alguno de los litigantes una cosa que les pertenecia en comun ó que pertenecia al contrario: esto sucedia solamente en los juicios divisorios *familiæ erciscundæ, communi dividundô* y *finium regundorum*, entre los coherederos, condueños ó vecinos; la fórmula de condenacion en este caso era: QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO.

La *condenacion* era la parte de la fórmula en que el magistrado señalaba al juez la regla que habia de seguir en la sentencia; no comprendia solo la condenacion, sino tambien la absolucion, aun en el caso de que no se expresara. Por incidencia se han puesto al tratar de otras partes de las fórmulas ejemplos de condenacion: Cayo presenta tambien otros aislados: JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO.=JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO.—JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM X MILLIA CONDEMNATO: en cuyo último ejemplo bajo la palabra CONDEMNATO implícitamente se contiene las de SI NON PARET ABSOLVITO. Estas fórmulas, como por su misma redaccion se observa, limitaban el encargo del juez solo á absolver ó á condenar; pero no le daban ninguna autoridad sobre el demandante, cuya pena únicamente podia consistir en ver absuelto á su contrario. Si no hubiere habido otro medio para refrenar á los litigantes temerarios, se habria abierto un ancho camino á la mala fé; pero no fué así, porque se establecieron contra ellos penas suficientes para contenerlos, como se verá en el título XVI de este mismo Libro. Podia suceder tambien que aun cuando la demanda considerada en sí fuera justa, tuviera que hacer el demandado á su vez otras reclamaciones que vinieran á inutilizar en todo ó en parte la accion intentada: no quedaba en este caso desprovisto de remedio, porque ó podia reservar sus reclamaciones para que fueran objeto de un juicio separado y ante diferente juez, ó hacerlas valer en el mismo juicio. Nada debo decir respecto al primer caso, porque la instancia del demandado daria entonces lugar á un juicio en el que no podria tener influencia lo que entre los mismos litigantes, si bien cambiados los papeles y sobre cosa diferente, se hubiera decidido en

el juicio anterior. Pero si el demandado elegia el segundo extremo, esto es, el de hacer valer su derecho en el mismo juicio, debe distinguirse el caso de que el objeto de la reclamacion fuera susceptible de compensacion con la demanda principal, de aquel en que no lo fuera. Si era susceptible de compensacion, entendian el juez de ella del mismo modo que de la accion principal, bien en virtud de sus atribuciones generales cuando la accion era de buena fé, ó bien en virtud de la excepcion que hacia el demandado insertar en la fórmula cuando la accion era de derecho estricto; de este modo el crédito que tenia á su favor el demandado venia á ser una deduccion del reclamado por el demandante. Cuando no eran susceptibles de compensacion los objetos de las pretensiones del demandante y del demandado, ó cuando siendo la accion principal de derecho estricto, habia descuidado el demandado el hacer insertar en la fórmula del magistrado una excepcion referente á la compensacion, no por esto quedaba privado de medios de defensa: al efecto podia acudir al magistrado, de quien obtenia una accion para que el juez que entendia en la demanda principal, entendiera en la reconvencion, en cuyo caso el juez sentenciaba simultáneamente sobre una y otra instancia, y podia condenar al demandante, si la cantidad de la reconvencion era mayor que la de la primitiva demanda. En el caso de que el crédito de la reconvencion excediese al deducido en la accion principal, y la reconvencion se propusiera como excepcion, es dudoso si entraba ó no en las atribuciones del juez la facultad de condenar al demandante en la suma en que el segundo crédito excedia al primero. Si se ha de dar asenso á lo que dice el emperador Justiniano (1), el célebre jurisconsulto Papiniano decidió la cuestion á favor de la facultad de condenar. Bonjean cree que Justiniano comprendió mal á Papiniano, y que este se limitaria al caso de que se hubiera introducido la reconvencion por una nueva accion, pues entonces encontraria el juez en la segunda fórmula la potestad de que no estaba revestido por la primera. Por mas que esta opinion parezca guardar analogía con la estructura y fisonomía de todo el sistema formulario, no me atrevo á seguirla, pues no es de presumir que se ofuscaran hasta tal punto los distinguidos jurisconsultos que ayudaron á Justiniano en sus trabajos legislativos.

Digno es de fijar la atencion, como peculiar del sistema formulario, el que toda *condenacion* debia reducirse á una estimacion pecuniaria: así sucedia que aun en el caso de que el dueño reclamase una cosa determinada, el juez no podia condenar al demandado á

(1) Ley 14, tít. XLV, lib. VII del Cód.

restituir la misma cosa, sino que debia condenarle á la cantidad á que ascendiera su valuacion. Como esto se aparta mucho de nuestro actual modo de ver y no ha sido admitido por algunos intérpretes, conveniente es trascribir las palabras textuales de Cayo (1) que alejan, á mi modo de entender, cuantas dudas en el particular pudieran suscitarse: *Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est, itaque etsi corpus aliquod petamus* velut *fundum*, mancipium, *vestem........ mutatum, judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est, sicùt olìm fieri solebat*, (sed) *æstimatâ re pecuniam eum condemnat.* No puede negarse que un fragmento de Ulpiano que está inserto en el Digesto (2) dice abiertamente lo contrario: *Qui restituere jussus, judici non paret, contendens non posse restituere, si quidèm habeat rem, manu militari, officiô judicis, ab eô possessio transfertur; et fructuum duntaxàt, omnisque causæ nomine condemnatio fit.* Bonjean sostiene que este texto de Ulpiano no puede destruir una asercion tan formal y absoluta como la de Cayo, que es de presumir que Triboniano y sus demás compañeros en la redaccion del Digesto se permitieron hacer innovaciones é intercalaciones en el fragmento de Ulpiano, y que aun dado caso de que se hubiera conservado el texto en su completa integridad, todo lo que podria inferirse era que en tiempo de Ulpiano se habia abandonado el principio que antes estaba en observancia. Esto último es lo que me parece mas probable, y lo que mas satisfactoriamente resuelve todas las dudas.

La *condenacion* de la fórmula podia ser de una cantidad determinada, *certæ pecuniæ*, ó de una indetermida, *incertæ pecuniæ* (3). La primera era aquella por la que el magistrado fijaba en la fórmula la cantidad á que el juez debia arreglarse para condenar: esta condenacion suponia una *intentio* que tenia por objeto determinar la cantidad, ó una *intentio in factum*, cuyo objeto era una pena pecuniaria establecida con prioridad por la ley. Su fórmula, tal como la pone Cayo (4), es: JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. La condenacion *incertæ pecuniæ* tiene dos sentidos: uno *cum taxatione* ó *cum præfinitione*, á saber, cuando el magistrado fijaba un máximum de que no podia pasar el juez, pero que le dejaba libertad para condenar á una suma inferior. Esta limitacion tenia lugar cuando era incierta la cosa que se pedia, y se comprendia en la fórmula con la palabra *duntaxat:*

---

(1) §. 48, Com. IV de sus Inst.
(2) Ley 68, tit. I, lib. VI.
(3) §. 49, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(4) §. 50 del mismo Comentario

JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DUNTAXAT X MILLIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVE. La otra condenacion *incertæ pecuniæ* era la *infinita*, denominada así sin duda porque daba al juez un poder ilimitado para fijar la cantidad en que podia hacer la condena. Esta condenacion, segun dice Cayo, tenia lugar en las acciones reales y en la *ad exhibendum*, y es de creer que tambien en todas las arbitrarias; su fórmula era: QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM NUMERIUM NEGIDIUM AULIO AGERIO CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVITO (1).

Además de las limitaciones referidas habia casos en que se circunscribia la *condenacion*, aunque el demandante justificase plenamente sus pretensiones. Así sucedia cuando el deudor por razones particulares no podia ser condenado á pagar todo lo que debia: en este caso se hallaban aquellos que gozaban del beneficio de competencia de que habla Justiniano en este mismo título, es decir, los que solo podian ser condenados en cuanto no quedaran privados de los recursos necesarios para vivir; los padres de familia por razon de las obligaciones que habian contraido las personas sometidas á su potestad, los cuales solo podian ser condenados respecto á aquello que se hubiere convertido en su provecho, ó hasta el importe del peculio del que hubiere contraido la deuda, segun mas adelante se manifestará; los mismos padres de familia respecto al delito que hubieran cometido las personas que de ellos dependian, porque en este caso su obligacion era alternativa, ó de pagar la cantidad en que habian sido condenados, ó de dar en noxa al delincuente (2); y por último, todos respecto de las acciones arbitrarias, en las cuales el juez solo condenaba al demandado cuando se negaba á dar la competente satisfaccion al demandante (3).

Antes de concluir lo relativo á las partes principales de la fórmula, haré algunas ligeras indicaciones respecto á si eran ó no igualmente necesarias. Desde luego conviene recordar que, segun queda ya expuesto, la *adjudicacion* solo era necesaria en las acciones de los juicios divisorios *familiæ erciscundæ*, *communi dividundó*, *finium regundorum*. En las acciones *in factum* se confunde la *demostracion* con la *intentio*, y vienen á quedar por lo tanto solo la *intentio* y la *condenacion*. La *demostracion* tampoco era necesaria en las acciones reales, porque el derecho *en* la cosa no varia por razon de su orígen (4), ni en las acciones personales cuando se trataba de una cantidad cierta (5).

---

(1) §. 51, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) Tít. VIII de este mismo libro.
(3) §. 31 de este título.
(4) §. 2, ley 14, tít. 11, lib. XLIV del Dig.
(5) §. 54, Com. IV de las Inst. de Cayo.

La parte fundamental de la fórmula era sin duda la *intentio*, la cual debia naturalmente acompañar á la *condenacion*, porque de nada serviria otorgar á uno la facultad de juzgar las pretensiones opuestas de los litigantes, si al mismo tiempo no se le diera la facultad de condenar ó de absolver al demandado. Exceptúanse solo de esta regla general las acciones llamadas *actiones prejudiciales*, en que la *intentio* no iba seguida de la *condenacion*, porque su objeto era solo resolver una cuestion para poder así llegar á otra accion en que hubiere condenacion pecuniaria.

Partes accesorias.

Llamamos *partes accesorias* de la fórmula, *adjectiones*, á aquellas que solo por accidente figuran en ella y son efecto de circunstancias mas ó menos ligadas con la pretension del demandante. Estas partes accidentales eran por una parte las *excepciones*, *réplicas*, *dúplicas* y *tríplicas*, y por otra las *prescripciones*.

Excepciones. El juez con arreglo á la fórmula debia condenar al demandado cuando el demandante probaba su intencion, sin tener en cuenta consideraciones que no fueran absolutamente pertinentes al punto controvertido. Cuando el demandado se limitaba á negar la intencion del demandante, nada habia que añadir á la fórmula: el juez en virtud de ella examinaba las cuestiones de hecho y de derecho que ofrecia el litigio. Pero podia ocurrir muy bien que fundándose la accion en el derecho civil estricto, no fuera equitativa ni justa la condenacion, como sucederia, segun los ejemplos mas palpables que Cayo pone entre otros, en el caso de que á alguno por violencia hiciera contraer una obligacion, ó con dolo indujeran á ella, ó de cualquier otro modo comprometieran á cosas que los principios de equidad y la humanidad del derecho pretorio rechazaran (1). En estos casos el juez, obligado á decidir las cuestiones con arreglo á la fórmula y dentro de sus límites, no podia sin excederse de sus facultades atender á razones poderosas de equidad que no reconocia el derecho civil. Para que el demandado no sufriera entonces perjuicio, necesario le era manifestar en presencia del mismo magistrado, *in jure*, y antes de ser enviado al juez, los motivos que le asistian para ser absuelto y obtener que se modificase el mandato que al juez se daba, autorizando á este por una cláusula especial en la misma fórmula para que absolviera al demandado, en caso de que la condenacion que con arreglo á los principios del derecho estricto debia pro-

(1) §§. 116 y 117, Com. IV de las Inst. de Cayo.

nunciarse viniera á ser una injusticia. Como esto era una restriccion de la potestad de condenar que por regla general llevaba la fórmula, y se dirigia á excluir lo que se habia expresado en la *intentio* y en la *condenacion* de la misma fórmula, de aquí es que no impropiamente se le dió el nombre de *excepcion:* y así dice Ulpiano (1): *exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi actioni cujusque rei solet, ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.*

Todas las excepciones se formulaban de un modo opuesto á la afirmacion del demandado: así cuando este decia que el demandante obraba con dolo pidiendo el dinero que no habia entregado, la excepcion estaba concebida en la forma siguiente: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AULI AGERII FACTUM SIT, NEQUE FIAT; así en el caso de que el demandado opusiese que se le pedia el dinero contra lo pactado, se formulaba la excepcion en estos términos, SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR. De una manera análoga se formulaban las demás excepciones (2). El alegarlas no suponia que el demandado se conformaba con la pretension del demandante formulada en la *intentio* (3). Ni era necesario siempre para que prevaleciesen los principios de la equidad sobre los de derecho estricto que se insertase en la fórmula la excepcion fundada en la injusticia de la demanda: así sucedia en las acciones llamadas de *buena fé*, en las cuales el juez recibia la facultad de apreciar la *intentio* segun la equidad, y de consiguiente solo procedia á condenar cuando le parecia que era conforme á los principios de justicia.

En su orígen todas las excepciones se derivaban de la jurisdiccion del pretor. Ni podia ser de otra manera, porque si las alegaciones del demandado tuvieran fuerza con arreglo á los principios estrictos y rigurosos del derecho civil, debia suceder ó bien que la verdad de lo alegado fuese confesada por el demandante en presencia del magistrado, *in jure*, y que este le denegase la accion, ó bien que fuera contradicha, en cuyo caso el pretor enviaba á las partes ante el juez, que encontraba en la naturaleza misma de su mandato general y sin necesidad de excepcion, la autorizacion bastante para hacerse cargo y tomar en cuenta lo que el demandado alegaba fundándose en el derecho civil. No puede, sin embargo, negarse que hay excepciones fundadas en el derecho civil por excelencia, en leyes, en senado-consulto y en constituciones imperiales. Esta anomalía debe dimanar de que temiendo confundir el derecho civil los que lo

---

(1) Ley 2, tít. I, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 119, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(3) Ley 9, tít. I, lib. XLIV del Dig.

innovaban, prefirieron imitar al pretorio, dejando, como dice Bonjean, subsistente en teoría el derecho del demandante en toda su integridad, y dando al demandado medios de garantía en la práctica, auxiliándolo con una excepcion. No era esto impedimento para que el juez desechara del todo la accion cuando el mismo que la deducia confesaba el hecho en que estribaba la excepcion: de aquí dimanaba que un mismo hecho diera lugar, ya á que se negara la accion, ya á que se concediera una excepcion, lo cual suponia necesariamente que habia una accion concedida (1).

Réplicas. Del mismo modo que el demandado para libertase de la accion entablada por el demandante tenia la excepcion, habia otros medios concedidos á este para oponerse á la excepcion injusta alegada por el demandado. Si el demandante negaba el hecho en que se fundaba la excepcion, no necesitaba la fórmula dada por el magistrado de ninguna otra adicion ó accesion para que el juez pudiera tomar conocimiento y juzgar del hecho afirmado por uno y negado por otro. Pero podia tambien el demandante estar interesado en hacer valer medios que, no refiriéndose directamente á la verdad ó á la falsedad de la excepcion propuesta, persuadieran de su injusticia; entonces necesitaba obtener del magistrado que se adicionase la fórmula con una *réplica*; por esto se dice oportunamente que la *réplica* es respeeto á la *excepcion*, lo que la *excepcion* respecto á la *intencion*. Pondré un ejemplo tomado del jurisconsulto Cayo: el deudor pacta con el acreedor que no le pida el dinero que le debe, y despues vuelven á pactar ambos que pueda pedirlo; si el acreedor reclama que se le pague y el deudor presenta su excepcion en virtud del primer convenio, en este caso, como no seria equitativo que la excepcion que al primer aspecto era justa, dañase inicuamente al actor, se le da el derecho de replicar. Insertaré aquí una de las fórmulas de replica que pone el mismo Cayo (2), pero precedida de la accion y de la excepcion para que se forme mas fácilmente idea de este sistema.

Accion: SI PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO SESTERTIUM MILLIA DARE OPORTERE, JUDEX NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO MILLIA SESTERTIUM CONDEMNA.

Excepcion: SI INTER AULUM AGERIUM ET NUMERIUM NEGIDIUM NON CONVENIT, NE EA PECUNIA PETERETUR.

Réplica: SI NON POSTEA CONVENERIT, UT EAM PECUNIAM PETERE LICERET.

Dúplica.—Triplica. Del mismo modo que la *réplica* paraliza la *excepcion*, la *dúplica* inserta en la fórmula á instancias del deman-

---

(1) §. 7, tit. VII de este libro IV.
(2) §. 126, Com. IV de sus Inst.

dado surte igual efecto respecto de la *réplica*, la *tríplica* respecto de la *dúplica*, y así sucesivamente. La *intencion*, la *excepcion*, la *réplica*, la *dúplica* y la *tríplica*, eran, pues, una série de proposiciones enlazadas entre sí; y dependientes las unas de las otras; de suerte que si el demandante no probaba su intencion, el demandado debia ser absuelto sin tomar en cuenta las excepciones: si probaba su intencion, el juez entonces debia examinar la excepcion: si la excepcion no se probaba, debia ser condenado el demandado sin atender á la réplica si la excepcion se probaba, entonces habia lugar á examinar la réplica, y así se seguia por el mismo órden hasta concluir con las alegaciones que el demandante y demandado hubieran hecho incluir en la fórmula (1).

Prescripciones. A veces interesaba al demandante que antes de su *intencion* en la fórmula constasen las restricciones á que la sometia, para evitar que se diese á la demanda una latitud que él no queria darle. A su vez podia ser conveniente al reo hacer insertar ciertas reservas preliminares contra la accion del demandante. Estas condiciones se llaman *prescripciones*, porque con ellas se encabezaba la fórmula (2); palabra que en este lugar tiene diferente significado que el que se le dió al hablar de los modos de adquirir el dominio de las cosas. Las *prescripciones* se interponian, ó por parte del demandante ó por parte del demandado. Cayo (3) explica con ejemplos cuáles eran estas *prescripciones* por parte del actor: ocurre con frecuencia, dice, que por una misma obligacion se debe dar de presente alguna cosa, y otra de futuro, como acaece cuando estipulamos una cantidad cierta para cada año ó para cada mes, porque pasados algunos años ó algunos meses debe dársenos el dinero correspondiente á ellos; pero respecto á los demás años, aunque la obligacion esté contraida, no se debe aun prestacion alguna. Si queremos, pues, pedir ó deducir en juicio lo que se nos debe dar sin referirnos á la prestacion futura, es necesario que entablemos la accion con la *prescripcion* siguiente: EA RES AGATUR CUJUS REI DIES FUIT: porque si demandáramos sin esta restriccion, esto es, en virtud de la fórmula por la que pedimos una cosa incierta cuya *intencion* se concibe en estos términos, QUIDQUID PARET NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, entonces deduciriamos en el juicio toda la obligacion, aun en la parte que se refiere al tiempo futuro. Hasta aquí Cayo: faltan dos líneas enteras en su manuscrito, de lo que

(1) §§. 127, 128 y 129 Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 132 del mismo Comentario.
(3) §. 131 del mismo Comentario.

proviene que no se vea del todo completo su pensamiento. Gravísimo era el inconveniente que de usar sin correctivo esta última fórmula resultaba al actor, porque como la estipulacion, aunque tuviera por objeto diferentes prestaciones sucesivas, formaba un derecho único, se venia á parar á que el demandante lo habia deducido completamente en el juicio, y que no pudiendo comprender la condenacion mas que los plazos vencidos, se perderia el derecho respecto á los futuros por haberse entablado la accion antes de tiempo, que como se verá mas adelante, era una de las especies de la *plus peticion*, en virtud de la que perdia su derecho el que incurriera en ella. El otro ejemplo que pone el mismo jurisconsulto, es el siguiente: si entablamos la accion de compra *ex empto*, para que se nos haga la mancipacion del fundo comprado, debemos poner antes la *prescripcion* que sigue: EA RES AGATUR DE FUNDO MANCIPANDO para que despues, si queremos, podamos pedir que se nos entregue la posesion; pero se desvaneceria todo nuestro derecho respecto á la tradicion, si omitiendo la *prescripcion* referida se dijera solo en la fórmula, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTERE. Algunas veces la cláusula restrictiva ó la *prescripcion* se ponia en la *demostracion*, y otras veces en lugar de esta, *loco demostrationis*, del modo siguiente: JUDEX ESTO: QUOD AULUS AGERIUS DE NUMERIO NEGIDIO INCERTUM STIPULATUS EST, CUJUS REI DIES FUIT, QUIDQUID OB EAM REM NUMERIUM NEGIDIUM AULO AGERIO DARE FACERE OPORTET, etc.: otras fórmulas parecidas á estas pone el mismo Cayo con referencia á la accion que se entablaba contra los fiadores y esponsores (1).

Las *prescripciones* que tenian por objeto el interés del demandado estaban ya completamente desusadas en tiempo del jurisconsulto Cayo (2), habiendo tomado el carácter de excepciones. Su objeto era evitar que una cuestion mas grave fuera implícitamente resuelta por otra de menor importancia que no debia ser decidida con antelacion (3). Así en caso de que el demandante solicitara en concepto de heredero una cosa determinada de la herencia, ó bien que se procediera á la division de los bienes hereditarios, y el demandado sostuviese que el que entablaba la accion carecia de la cualidad de heredero en que fundaba su derecho, sin duda ninguna las dos primeras cuestiones dependian de la última: para evitar, pues, el perjuicio que podia seguirse al demandado por dejar correr la demanda sin el

---

(1) §. 137, Com. IV de sus Inst.
(2) §. 133 del mismo Comentario.
(3) Ley 21, tit. I, lib. XLIV del Dig.

convenienta correctivo, debia obtener que la fórmula se adicionase con esta cláusula: EA RES AGATUR SI MODO PRÆJUDICIUM HÆREDITATI NON FIAT (1).

A estas *prescripciones* introducidas á favor del demandado, que, como queda dicho, vinieron á convertirse en excepciones, cuya denominacion y redaccion seguian á las veces (2), se daba tambien el nombre de *præjudicia*. Pero esta palabra *præjudicia* tiene además otra significacion, á saber, la de acciones prejudiciales, de que hablaré mas adelante, las cuales tenian gran analogía y aun relacion íntima con las *prescripciones* de que aquí se trata.

Zimmern, citando en su apoyo la autoridad de Quintiliano y la de Aurelio Victor, y fundándose en una constitucion del emperador Caracalla (3), pretende que la diferencia que habia entre las *prescripciones* y las excepciones, consistia en que por consecuencia de estas el juez debia absolver, mientras que por efecto de las *prescripciones* no debia absolver ni condenar, sino abstenerse. Pero Bonjean observa que las dos primeras autoridades en que se apoya Zimmern se refieren especialmente á la excepcion de fuero incompetente, y que el texto legal citado no es bastante poderoso para probar lo que de él quiere deducirse. Me adhiero á esta opinion, que adquiere mayor fuerza cuando se considera que Cayo no establece diferencia alguna entre las *prescripciones* y las excepciones, y que de una constitucion de Diocleciano inserta en el Código (4), se infiere claramente que la *prescripcion* podia producir la absolucion del demandado.

Hasta aquí he hablado principalmente del caso en que solo hubiera una demanda, un demandante y un demandado: conviene añadir algunas palabras acerca del mismo sistema formulario, cuando por haber pluralidad de demandas, de demandantes ó de demandados, se presentaba mayor complicacion. En tales casos no parece probable que se redactara la fórmula de modo que abrazase diferentes demandas y diferentes litigantes, ó lo que es lo mismo, no es de creer que el magistrado por sí decretarse la union referida. Pero la misma razon que entre nosotros ha hecho conveniente y necesario acumular las demandas y los autos, á saber, el evitar la pérdida de tiempo y los mayores dispendios que siempre se originarian, y en

---

(1) § 133, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 17, ley 25, tit. III, lib. V; §. 1, ley 1, tit II, lib. X; y leyes 15, 16 y 18, tit. I, lib. XLIV del Dig.
(3) Ley 5, tit. XIII, lib. VIII del Cód.
(4) Ley 9, tit. XXXIII, lib. VII.

muchos casos los escándalos á que darian lugar dos sentencias contradictorias, debió inducir á los romanos á establecer que no se trataran separadamente cuestiones que era mas conveniente decidir simultáneamente, haciendo de diferentes juicios un juicio comun. Esta union no se presentaba en una fórmula, sino que el magistrado daba tantas fórmulas cuantos eran los demandantes, los demandados y las demandas, teniendo cuidado en todas ellas de nombrar el mismo juez para que de este modo, en un solo litigio, se ventilaran todas. Tenian lugar estos juicios comunes: 1.° en el caso de que durante el litigio, aunque fuera con posterioridad á la contestacion de la demanda, el demandado entablase á su vez una demanda de reconvencion que no pudiera tomar la forma de compensacion, ya por no ser compensable el objeto acerca de que versara, ya porque siendo la accion de derecho estricto, no hubiese el demandado hecho insertar oportunamente en la fórmula la excepcion de compensacion; mas era necesario al efecto que fuera competente el magistrado para dar ambas acciones, en cuyo caso el juez, aunque autorizado por dos fórmulas distintas, entendia simultáneamente en ambas pretensiones (1): 2.° en las cuestiones de particion cuando habia varias herencias ó cosas comunes que dividir entre las mismas personas, ó que hacer apeo y deslinde de las heredades confundidas (3): 3.° cuando uno de los tutores demandado en el juicio de tutela pedia el beneficio de division contra los que habian sido tutores con él (3): 4.° por último, siempre que pudiera resultar complicacion y contradiccion en las sentencias, por tratarse separadamente cuestiones cuyo éxito era dependiente entre sí. Ulpiano, refiriéndose á lo que los romanos llamaban *causa liberal*, esto es, á la cuestion de libertad, presenta en un fragmento conservado en el Digesto (4) algunos casos de aplicacion de esta doctrina, que sirven eficazmente para formar una idea bastante exacta de los principios que acerca de este punto dominaban en su época. «Si algunos», dice el jurisconsulto, «reivindican el dominio de un esclavo diciendo que es comun, deben ser remitidos al mismo juez: así está decidido por un senado-consulto. Si uno pretende que el esclavo es suyo *in solidum*, no por parte, cesa el senado-consulto porque no hay temor de que se juzgue de diverso modo cuando cada uno reivindica para sí todo el dominio. Si uno pretende que corresponde á él solamente el usufructo, y otro la propiedad del

(1) §. 4, ley 18, tit. VI, lib. XIII; §. 4, ley 1, tit. VIII, lib. LXIX del Dig., y ley 14, titulo XLV, lib. VII del Cód.

(2) §§. 3, 4 y 5, ley 25, tit. II, lib. X: ley 1, tit. II, lib. XI, y §. 14, ley 52, tit. II, lib. XVII del Dig.

(3) Ley 2, tit. II, lib. XI del Dig., y ley 5, tit. LI, lib. V del Cód.

(4) §§ 1 y 2, ley 8, tit XII, lib. LX.

esclavo, del mismo modo que si uno reclama el dominio del esclavo, y otro dice que le está dado en prenda, uno mismo deberá ser el juez, sin que induzca la menor diferencia el que haya sido dado en prenda al acreedor ó por el mismo dueño ó por otro.» Pero debe observarse que los litigios sobre estado forman una cuestion prejudicial, esto es, que debe ser decidida con antelacion (1).

Mas por conveniente que aparezca la reunion en un mismo juicio de los negocios que están mútuamente ligados y conexos entre sí, por regla general no podia el demandado reclamarla como un derecho, y libertarse á su sombra de entrar en el pleito que contra él se promovia, diciendo que por su parte ó por la del contrario habia otras personas interesadas con igual título en el litigio (2); si bien podia solicitar que los demás interesados en la demanda vinieran á tomar parte en ella, pero sin que se les compeliese (3). Fúndase esta doctrina en que á nadie contra su voluntad se puede obligar á demandar á otro en juicio.

Aunque es de presumir que el juez á quien el magistrado remitia diferentes demandas las examinaria todas conjuntamente y las terminaria por una sentencia comun, sin embargo, no parece que estuviera obligado siempre á hacerlo así, segun el contexto de un fragmento de Ulpiano (4) y de una constitucion del Emperador Gordiano (5).

Actos del procedimiento en el sistema formulario.

Trataré tambien con separacion en este lugar de los procedimientos que tenian lugar ante el magistrado *in jure*, y ante el juez *in judició*.

In jure. A esta parte de los procedimientos pertenecian los que entre los romanos se denominaban *vocatio in jus*, *actionis* ó *litis denuntiatio*, *vadimonium*, *actionis editio*, *actionis postulatio*, *litis contestatio*, *interrogationes in jure*, *confessio in jure* y *jusjurandam in jure*. De estos actos unos eran necesarios al juicio y otros accidentales en él: unos tenian por objeto la comparecencia de las partes, y otros se referian á la discusion del negocio litigioso.

Vocatio in jus. La citacion ó el llamamiento á juicio, primer acto de todo procedimiento, conservó el carácter primitivo aun despues

---

(1) §. 2, ley 23, tít. XII, lib. XL del Dig.
(2) Leyes 31 y 44, tít. I, lib. V; y ley 9 del mismo título y libro.
(3) §. 6, ley 1, tít. III, lib. XXXV del Dig.
(4) §§. inicial, 3 y 4, ley 10, tít. I, lib. XLIX del Dig.
(5) Ley 2, tít. LV, lib. VII del Cód.

de las leyes Ebucia y Julia: los particulares siguieron autorizados para llevar á otros á juicio, aun usando de la violencia, sin necesidad de manifestarles el motivo. Es de creer, sin embargo, que este violento recurso, tan poco conforme á las costumbres de un pueblo civilizado, dejaria de observarse desde el momento en que el pretor estableció contra aquellos que rehusasen seguir al demandante á juicio penas, pecuniarias (1), penas cuya exaccion podia hacerse efectiva por medio de una accion *in factum*.

Habia algunas personas que no podian absolutamente ser llamadas á juicio, otras para cuyo emplazamiento habia de preceder la venia del magistrado, otras que no podian ser citadas en determinados casos, y otras, finalmente, respecto á las que no era lícito emplear ciertos medios de violencia. No podian ser citados los que ejercian magistraturas durante el ejercicio de sus funciones (2), ni los furiosos, ni los infantes (3), ni las jóvenes impúberes que estaban sujetas á potestad ajena (4). Sin autorizacion del pretor no podia el descendiente citar á su ascendiente, ni el liberto á su patrono, ni á los hijos de este (5), regla por cuya infraccion el liberto incurria en una multa á favor de su patrono de cincuenta aureos, segun Ulpiano (6), y de diez mil sestercios, segun Cayo (7). No podian ser citados en ciertos actos los Pontífices mientras celebraban sacrificios, aquellos á quienes por razon de religion no era permitido abandonar el lugar en que se hallaban, los que estaban contrayendo matrimonio, los jueces en el acto de conocer un pleito, los que estaban entablando sus demandas delante del magistrado, los que acompañaban un entierro, los que hacian las exequias de un difunto, y los que por razon de litigio tenian que presentarse en un lugar determinado (8). Por último, no podian emplearse medios de coaccion corporal contra las matronas.

El demandado no tenia necesidad de seguir al demandante si daba la caucion de comparecer en juicio, *judiciô sistendi*, en el dia convenido por las partes. Esta caucion *judiciô stendi*, frase usada en las compilaciones de Justiniano, es la misma que Cayo (9) comprende bajo la palabra *vadimonium*, aunque no haya tratado de ella

(1) §. 1, ley 2, tit. V, lib. II del Dig.; y 183, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) Ley 2, tit. IV, lib. II del Dig.
(3) §. inicial, ley 4 del mismo título y libro.
(4) §. inicial, ley 22 del mismo título y libro.
(5) §. 1, ley 4 del mismo título y libro.
(6) Ley 24 del mismo título y libro.
(7) §. 46, Com. IV de sus Inst.
(8) Leyes 2 y 3; y §. inicial, ley 4, tit. VI, lib. II del Dig.
(9) §. 185, Com. IV de sus Inst.

mas que con relacion á la fianza que tenia lugar en presencia del magistrado. La caucion indicada se prestaba por medio de un fiador, pero era muy diferente de la del *vindex*, sobre la que ya se ha hablado al tratar de las acciones de ley. En efecto, prescindiendo de que el *vindex* se daba en virtud de las leyes de las Doce Tablas y el fiador *judiciô sistendi causâ* era una institucion del pretor (1), el *vindex* salia por su cuenta al proceso, y el fiador solo se obligaba á presentar al demandado en el dia convenido, libertándose por lo tanto de su obligacion si el demandado moria en el intermedio (2). El fiador debia ser solvente, lo que no se estimaba solo por su fortuna, sino por la facilidad con que pudiera recurrirse contra él (3). Mas en los casos de que se demandara á los descendientes, á los ascendientes, á los patronos ó á los hijos, mujer ó nuera, y en otros semejantes, á personas que llaman *necesariæ* las leyes (4), sin duda por los vínculos que los unen con el demandante, este debia contentarse con un fiador cualquiera, y si la rehusaba se exponia á una pena de cincuenta aureos (5). En los demás casos el demandante podia entrar en discusion acerca de la solvencia del fiador; mas si rehusaba admitir al que notoriamente podia pagarle, daba lugar á la accion de injurias que podia entablar contra él, tanto el demandado, porque se hacia una injuria en llevar al tribunal al que daba fiador, como este mismo por el descrédito que se le ocasionaba (6).

Mas podia suceder que el demandado tratara de eludir el litigio ausentándose, ocultándose, ó bien rehusando concurrir á los actos que fueran necesarios para entablar una instancia contradictoria. En este punto puede establecerse como regla general, que cuando el deudor se sustraia con objeto de evitar ser demandado por el que pretendia tener derecho para demandarlo y no habia quien quisiese tomar sobre sí la defensa, se reputaba *indefenso*, bajo cuyo concepto era considerado como si contra él hubiera recaido una condenacion *pro damnatô* (7), y por lo tanto podian emplearse en su daño todos los medios que habrian tenido lugar si hubiera sido condenado. Pero como el antiguo derecho solo reconocia la ejecucion sobre la persona, *manus injectio*, puesto que la *pignoris capio* era solo una excepcion, resulta que aun suponiendo aplicable la *manus injectio pro*

---

(1) Ley 1, tít. VI, lib. II del Dig.

(2) §. 1, ley 4, tít. VIII, lib. II del Dig., y §. 1, tít. XIII (a), lib. I de las Sent. de Paulo.

(3) Ley 1, tít. VI; §. inicial, ley 2, y §. inicial, ley 7, tít. VIII, lib. II del Dig.

(4) Leyes 1 y 3, tít VI, lib. II del Dig.

(5) Ley 2 del mismo título y libro.

(6) §. 1, ley 5, tít. VIII, lib II del Dig.

(7) Cap. 21 de la ley *de Gallia Cisalpina*.

judicató al indefenso, nunca podria verificarse respecto al deudor que se fugaba ú ocultaba, y por lo tanto que no quedaban bastante garantidos los intereses del acreedor. Ni sirve decir que en estos casos la equiparacion del indefenso con el condenado, ó lo que es lo mismo, la *manus injectio* considerada como un medio de ejecucion, podia ser ventajosa al acreedor en el caso de que despues hallase á su deudor, porque si no lo hallaba se veia privado de su derecho, y por otra parte, aun en el caso de que lo hallase, naturalmente preferiria llevarlo delante del magistrado y seguir el litigio, á una ejecucion que en último resultado solo podia tener el carácter de provisional. Necesario es, pues, reconocer qué en este punto se nota un vacío en el derecho antiguo, vacío que, como observa Bonjean, no es tan grande como á nosotros nos parece por querer juzgar de las cosas de los tiempos que pasaron al través de las ideas dominantes en nuestros dias. En efecto, en los primeros siglos de Roma no era fácil á los que iban á ser demandados sustraerse de encontrar á los que querian demandarles, porque permanecer en la ciudad sin salir del sagrado asilo de la casa, en que no era lícito ir á buscar á ningun ciudadano para emplazarlo ante un magistrado (1), equivaldria á condenarse á una prision rigurosa y á privarse de los derechos políticos y de la participacion de la vida pública á que tanta adhesion manifestaban los romanos; por otra parte, huir de Roma á la que estaban unidos con tantos lazos, y marcharse á pais extraño, era lo mismo que renunciar á la calidad de ciudadano, y dar motivo á que sus bienes, considerados como vacantes, fuesen adjudicados á los acreedores. Mas tan luego como extendiéndose la dominacion romana se hicieron menos profundos los sentimientos de amor al pais que tenian los antiguos moradores de la ciudad, y que los ciudadanos no daban tanto valor como antes á sus derechos políticos, tan luego como esparramándose por los paises diferentes á que alcanzaban sus conquistas tenian mas medios para burlar la accion de las leyes y huir los emplazamientos que podian hacérseles, el derecho pretorio buscó un remedio oportuno para dar mas eficacia al derecho de los acreedores, remedio que consistió en reemplazar á la accion sobre la persona, *manus injectio*, una accion sobre los bienes, *missio in possessionem bonorum*. Limitándome á considerar aqui la *missio in possessionem bonorum* como un medio para destruir los obstáculos que un demandado suspicaz y malicioso oponia á la administracion de justicia, no puede negarse que ofrecia mas ventajas que la *manus injectio*, y que era mas eficaz por cuanto garantizaba mejor los derechos

(1) Ley 18, tít. VI, lib. II del Dig.

de los que con justicia emplazaban á otros para que comparecieran ante los magistrados.

Tenia lugar este remedio en todas aquellas ocasiones en que se reputaba como *indefenso* al demandado. Así sucedia cuando uno se encerraba en su domicilio, se ocultaba en otra parte, ó huia con el objeto de evitar que le emplazase el que queria demandarlo (1); cuando despues de haber dado el *vadimonium* no comparecia, faltando á su promesa (2); mas si el *vadimonium* estaba garantido con fiadores, podia el demandante dirigirse contra ellos, y estos tenian entonces la obligacion de salir á la defensa del demandado; cuando compareciendo delante del magistrado se negaba á defenderse ó á recibir la accion (3); cuando estaba ausente y no tenia quien le representase (4); cuando se daba en arrogacion (5); y por último, cuando moria no dejando ninguno que quisiera ser su heredero (6).

El poner á los demandantes en posesion de los bienes del demandado era una medida de la mayor consecuencia para este, porque además de los perjuicios que naturalmente debian originársele de un medio de ejecucion que se dirigia á poner en venta su fortuna y privarle así de ella, el que era objeto de estos últimos procedimientos incurria en infamia y en la pérdida de los derechos políticos. Pero teniendo en cuenta que no todas las personas que dejaban de presentarse y defenderse lo hacian voluntariamente y con intencion dañada, como sucedia con los pupilos que no tenian tutor ó con los que estaban ausentes por causa de la república, ó en poder de los enemigos, y por otra parte no pareciendo conveniente que se paralizase el derecho del demandante, para conciliar estos opuestos intereses se estableció que en tales casos la posesion de los bienes se diera al demandante, pero que se difiriese la venta hasta que cesase el impedimento que tenia el demandado para comparecer y defenderse (7).

Nada se prejuzgaba sobre el fondo de la cuestion en los casos en que el magistrado daba la posesion de los bienes del demandado indefenso: obrar de otra manera hubiera sido sin duda atropellar las garantías que las leyes deben otorgar á los derechos individuales, porque ni el magistrado exigia la prueba de la procedencia de la demanda, ni, aunque la exigiera, tendria esta bastante eficacia, por-

---

(1) Leyes 18 y 19, tít. IV, lib. II del Dig.; y §. 78, Com. III de las Inst. de Cayo.
(2) §. inicial, ley 2, tít. IV, lib. XLII del Dig.
(3) Ley 52, tít. XVII, lib. L del Dig.
(4) Ley 13, tít. IV, lib. XLII del Dig.
(5) §. 84, Com. III; y §. 80, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(6) §. 167, Com. II; §. 78, Com. III de las Inst. de Cayo; y §§. 2, 3 y 4, tít. V, lib. XXVIII; y leyes 8 y 9, tít. IV, lib. XLII del Dig.
(7) §. 2, ley 21, tít. IV; leyes 33, 35 y 39, tít. V, lib. XLII del Dig., ley 4, tít. L; lib. II del Código, y §§. 1 y 2, tít. V (b) de las Sent. de Paulo.

que faltaba la contradiccion, único medio de poder depurar la verdad; pero en los casos en que la demanda fuera abiertamente opuesta á derecho, el magistrado de oficio debia rechazarla (1). Este sistema riguroso encontraba cierto contrapeso en los dilatados trámites que precedian á la venta de los bienes, en la facultad que tenia el demandado de readquirir su posesion ofreciendo y afianzando defenderse (2), y por último, en que vendidos los bienes se consideraba al comprador como una especie de heredero, contra el cual cada uno de los acreedores debia probar la legitimidad de su crédito. Cuando el indefenso, presentándose, probaba que carecia de fundamento la demanda, se reputaba como nula la posesion de los bienes, y aun podia haber lugar á la accion de injurias (3).

Hubo un tiempo en que se daba la posesion de todos los bienes del indefenso al demandante, tanto en el caso de que se tratara de una accion real como de una accion personal (4). Con el tiempo sufrió alteracion este derecho con respecto á las acciones reales, introduciéndose en su lugar otro recurso mas directo y mas expedito para el demandante, y que por otra parte complicaba en menos dificultades al demandado. Consistia este en poner al demandante en posesion de la cosa litigiosa cuando el demandado era contumaz, lo que desde luego cambiaba el carácter de los litigantes, convirtiendo al demandante en demandado, y al demandado en demandante, porque es condicion esencial de las acciones reales, como se verá mas adelante, el que se den siempre contra el poseedor: de este modo el demandante primitivo por el nuevo carácter que tomaba, además de las ventajas como poseedor, reportaba la muy interesante de echar sobre su contrario la obligacion de probar. Esta posesion, limitada á la cosa litigiosa, tenia lugar en un principio solamente en dos casos: cuando el poseedor, negando su cualidad de tal, era convencido de haber faltado á la verdad (5), y cuando no daba caucion de restituir en su caso la cosa y los frutos en que podia ser condenado (6). Esta doctrina con el tiempo se fué extendiendo hasta que llegó á ser una regla general para todas las acciones reales y para los interdictos (7).

---

(1) §. inicial, ley 50, tít. I, lib. XV del Dig.

(2) §. 102, Com. IV de las Inst. de Cayo, §. 1, ley 33, tít. V, lib. XLII del Dig.

(3) §. 220, Com. III de las Inst. de Cayo; § 1, tít. IV, lib. IV de las Inst. de Justiniano; y §. inicial, ley 12, tít. V, lib. XLII del Dig.

(4) §. 4, ley 23, tít. VI, lib. IV; ley 19, tít. V, lib. VIII; y § 16, ley 7, tít. IV, lib. XLII del Dig.

(5) Ley 80, tít. II, lib. VI; y §. 1, ley 20, tít. I, lib. XI del Dig.

(6) §. 1, ley 60, tít. I, lib. VII; §. 5 ley 3; §. 6, ley 6; ley 14, tít. XI, lib. XXXVII del Dig.; y ley única, tít. VI, lib. VIII del Cód.

(7) Ley 15, tít. I; ley 45, tít. II, lib. XXXIX; y §§. 17, 18 y 19, ley 7, tít. IV, lib. XLII del Dig.

Actionis denuntiatio. El demandante, con arreglo al derecho antiguo, no estaba obligado á manifestar al contrario el objeto de su demanda cuando lo citaba á juicio; solo delante del magistrado sabia el demandado lo que de él se reclamaba. Conociéronse luego los inconvenientes que semejante sistema llevaba consigo, porque impedia que pudieran ofrecerse al demandante medios de satisfacerle ó de transigir el litigio, á lo que se agregaba que el demandado, para aducir y preparar sus medios de defensa, tenia á veces que pedir una dilacion que en justicia no podia rehusársele, multiplicándose de este modo las comparecencias ante el magistrado. Por costumbre apoyada despues, segun se supone, por una constitucion del emperador Marco Aurelio, se corrigió esto hasta cierto punto, haciendo generalmente el demandante saber al demandado la naturaleza y el objeto de la accion que se proponia dirigir contra él; á lo cual se llamaba *denuntiare litem*. Con esta notificacion extrajudicial el demandado ó trataba de arreglarse con el demandante, ó se preparaba al menos para la defensa, y así cesaban los obstáculos que podia haber para que se entablara la discusion ante el magistrado, y se terminase en la primera comparecencia.

Actionis editio. No debe confundirse lo que los romanos llamaban *editio actionis* con la *denuntiatio actionis* de que acabo de hablar, porque al paso que esta se verificaba extrajudicialmente y al hacerse el emplazamiento, manifestando el demandante á su contrario la accion que contra él iba á intentar, aquella tenia siempre lugar delante del magistrado: agrégase á esto que la *editio actionis* fué siempre obligatoria, al paso que, como se ha visto, la *actionis denuntiatio* solo tuvo este carácter desde el tiempo de Marco Aurelio. La *actionis editio* era el acto en que el demandante hacia saber ante el pretór al demandado su pretension, y la accion que intentaba obtener del magistrado. Esta manifestacion podia hacerse verbalmente ó por escrito, *libellus*. Al demandante pertenecia la eleccion de la accion: la *actionis editio*, que venia á ser el proyecto que tenia de entablarla, no le ligaba; el vínculo jurídico nacia para él desde la la *litis-contestacion* (1).

Vadimonium. Despues que el demandante habia hecho conocer al demandado á presencia del pretor la accion que pretendia deducir contra él, si este lisa y llanamente reconocia la justicia de lo que se solicitaba, el magistrado por sí mismo y sin necesidad de ulteriores trámites terminaba el proceso. Pero á veces el demandado sin confesar y sin negar la justicia de lo que se le demandaba, pedia un

---

(1) §. 35, de este mismo título, y §. 3, ley 4, tit. IX, lib. IV del Dig.

término para reflexionar acerca de la pretension. Este término era señalado de comun acuerdo, y no estando conformes ambas partes, lo designaba el demandante, si bien el magistrado podia interponer su autoridad para que no fuera tan corto que perjudicara notablemente á la defensa (1): mas era necesario entonces que el demandado diera caucion de presentarse á juicio en el dia y lugar señalados: lo mismo sucedia en caso de que la causa no pudiera terminarse en el mismo dia de la comparecencia. Esta caucion se llamaba *vadimonium*, palabra de que he hablado al tratar de los procedimientos durante el sistema de las acciones de ley. Viene la denominacion *vadimonium* de *vàda ri*, verbo que unas veces quiere decir provocar á dar una caucion, y otras ser provocado á darla. La caucion llamada *vadimonium* se prestaba de diferentes maneras: y así la habia *pura*, *jurada*, *con fianza* y *con recuperatores* (2). Era *pura*, cuando el demandado prometia simplemente, sin juramento y sin fianza: era *jurada* cuando corroboraba su promesa con juramento, ó como solemos hoy decir, cuando prestaba caucion juratoria, lo que es de presumir sucediera siempre que acreditase que se hallaba constituido en la imposibilidad de dar un fiador: era *con fianza* cuando un fiador venia á obligarse accesoriamente al cumplimiento de la promesa; y era, por último *con recuperatores*, *recuperatòribus suppositis*, cuando al mismo tiempo de hacerse la promesa se nombraban *recuperatores* que condenasen al demandado en la suma que ascendia el *vadimonium*, si no comparecia en el dia establecido (3). De lo dicho se infiere que teniendo el *vadimonium* por objeto la presentacion de los litigantes ante el magistrado, participaba en cierto modo de la naturaleza del emplazamiento, por lo que dice Cayo (4), que nadie, sin estar préviamente autorizado por el pretor, podia obligar á que prestaran semejantes cauciones aquellas personas á quienes sin la vénia del mismo magistrado no podia impunemente emplazarse.

Para hacer que la promesa de presentarse ante el magistrado fuera mas eficaz, y para evitar los perjuicios que podian seguirse al demandante de empeñarle en una cuestion de daños é intereses, iba acompañada la promesa de una cláusula penal, en cuya virtud el demandante recibia como por indemnizacion del demandado y de sus fiadores cierta cantidad determinada, si su contrario no comparecia al juicio al tiempo y en el lugar prefijados. En las acciones *judicati* y *depensi*, esta cantidad era igual al valor del litigio; en los demás casos

---

(1) §. inicial ley 8, tít. VIII, lib. II del Dig.
(2) §. 185, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(3) Dicho §. 185.
(4) §. 187. Com. IV de sus Inst.

dimanaba del juramento del demandante en que debia expresar que no lo hacia para calumniar ni vejar á su contrario, pero no podia pasar nunca de cincuenta mil sestercios. A estas sumas se daba tambien el nombre de *vadimonium* (1), palabra que mas frecuentemente se empleaba para designar la promesa en los términos que quedan manifestados anteriormente.

En cuanto á los efectos del *vadimonium*, cuando las dos partes se presentaban ante el magistrado al tiempo convenido, la caucion, como destituida ya de objeto, quedaba cancelada, y de consiguiente libres de ella el demandado y sus fiadores. Lo mismo sucedia cuando el demandado se presentaba, lo que se significaba con las frases *ocurrere ad vadimonium*, *vadimonium sistere*, *obire*, y faltaba el demandante. No aparece de un modo claro si en este último caso el demandante perdia de un modo absoluto y definitivo su derecho, ó si podia volver en otra ocasion á comenzar el proceso: esto último parece lo mas probable, lo que se haria tal vez concediéndosele con facilidad y á la sombra de ligeras disculpas una restitucion. Si el que no se presentaba era el demandado, á lo que se aplicaba la frase *vadimonium deserere*, tenia entonces el demandante dos medios para conservar la integridad de sus derechos. Era el primero la accion *ex stipulatu*: en virtud de ella podia dirigirse en concepto de estipulante contra el demandado y contra sus fiadores como promitentes, para que pagaran el *vadinomium* (2). Consistia el segundo en obtener del pretor el ser puesto en posesion de los bienes del demandado, *mitti in possessionem bonorum*. Mas el demandante que tenia una justa causa que le impidiera comparecer oportunamente, podia libertarse de los efectos de la desercion del *vadimonium*.

Litis contestatio. El demandado no podia oponerse á que el pretor concediera la accion al demandante, bajo pretesto de que los hechos en que se fundaba su contrario no eran ciertos, porque al magistrado no tocaba entrar en el exámen de la verdad ó falsedad de las alegaciones, sino, caminando bajo el supuesto de que eran verdaderas, puesto que su exámen correspondia al juez, ver en su caso si podia tener lugar la condenacion del demandado, ó lo que es lo mismo, si en la hipótesis de ser ciertos los hechos procedia la accion. Así es que el demandado debia limitarse á rechazarla con independencia total de aquellos, y en el caso de que no tuviera fundamentos para hacerlo, ó que habiéndolo hecho declarara sin embargo el pretor que procedia la demanda, se veia en el caso de pedir,

---

(1) §. 186. Com IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 5, ley 2, tit VIII; §. 1, ley 12, y ley 14, tit. XI, lib. II del Dig.

como queda antes indicado, que se insertasen en la fórmula las excepciones que á su derecho pudieran convenir. El magistrado, pues, era el que admitia y el que rehusaba la accion, como lo hacia con las excepciones, con las réplicas y dúplicas, y con las demás contestaciones que servian para fijar la cuestion y señalar los puntos que debian ser objeto del exámen judicial, *in judiciô*: de este modo concedia la fórmula y nombraba los jueces que debian entender en el negocio. En tal estado se decia que el juicio estaba constituido, incoado ó contestado, *judicium constitutum*, *acceptum*, *susceptum*, *deductum*, *res in judiciô est deducta*, *lis inchoata*, *cœpta*, *contestata est*, frases que entre otras se encuentran usadas por los escritores romanos clásicos, y por las leyes (1).

La frase *litis contestatio* habia, pues, perdido ya la acepcion que tenia en tiempo de las acciones de ley, porque ya no significaba la invocacion de los testigos que los litigantes tenian la precaucion de tomar para que al juez constase lo que habia pasado ante el magistrado: semejante invocacion era ya inútil, porque el magistrado redactaba por escrito la fórmula de la accion, y entregaba una copia auténtica á los litigantes. No es esto, sin embargo, asegurar que la intervencion de los testigos dejara de tener lugar en el procedimiento formulario; pudo quizá tenerlo, aunque no fuera un requisito esencial ni prestara utilidad alguna, en reminiscencia del derecho antiguo, del mismo modo que subsistieron otras formalidades en diferentes actos civiles, á pesar de haber cesado las causas que habian dado orígen á su introduccion. Así la palabra *litis contestatio* viene á designar en esta época la terminacion de la parte del proceso que se verificaba ante el magistrado. No faltan, por el contrario, intérpretes que sostienen que la *litis-contestacion* era la primera parte del procedimiento que se verificaba ante el juez: sírveles de fundamento una constitucion de los emperadores Severo y Antonino inserta en el Código (2) la cual formula clara y explícitamente esta opinion en las siguientes palabras: *lis enim tùnc contestata videtur, cùm judex per narrationem negotii cuasam audire cœperit*. Este texto está en contradicion con todos los demás que acerca de la materia existen, algunos de los cuales se hallan insertos tambien en las compilaciones de Justiniano (3). De aquí el empeño de los jurisconsultos modernos en explicar la referida constitucion: pretenden unos que la

---

(1) §§. 180 y 181, Com. III de las Inst. de Cayo, leyes 16 y 17, tít. III, lib. III, ley 31, título I, lib. V, ley 25, tít. I, lib. VI, y §. inicial, ley 42, tít. VI, lib. XXXIX del Dig.
(2) Ley 1, tít. IX, lib. III.
(3) Leyes 16 y 17, tít. III, lib. III, y §. 8, ley 25, tít. I, lib. XXI del Dig.

denominacion de *juez* que en ella se usa no se debe tomar en un sentido estricto y especial, sino en otro mas lato, y que hace referencia al magistrado, interpretacion que podrá ser ingeniosa, pero no convincente ni decisiva. Heffter la considera como una disposicion transitoria que se referia solo á la época de los Emperadores que la dieron, lo que se aviene mal con verla inserta en el Código. Keller supone que Triboniano alteró el texto de la constitucion, medio á que suele recurrirse como el mas expedito para salir de dificultades que no pueden resolverse de un modo directo. Por último, Bonjean, creyendo que la referida constitucion pertenece á una época posterior, considera error el haberla atribuido á los emperadores Severo y Antonino, sin dar á su explicacion ningun fundamento que pueda decidir á adoptarla. La contradiccion es evidente: la opinion de Keller es la mas cómoda y á mi juicio la mas probable.

Trataré ahora de los efectos de la *litis-contestation*. Estos son:

1.ª Que entabla el proceso y hace posible una sentencia, porque despues de ella puede ser juzgado el demandado aun en el caso de que no comparezca ante el juez, lo que no sucedia antes, como queda dicho, puesto que el poner al demandado en posesion de los bienes, era un medio indirecto de obligarlo á comparecer.

2.ª Que introduce una novacion necesaria en el juicio. En efecto, al primitivo derecho que existia reemplaza otro derecho que dimana del cuasi-contrato, por el que implicitamente se obligan los litigantes desde la *litis-contestacion*. Acerca de esta materia no me detendré mas aqui, porque al tratar de la novacion (1) expuse ya el derecho vigente en tiempo del jurisconsulto Cayo y sus modificaciones sucesivas.

3.º Que determina de un modo preciso el carácter y la extension del litigio, de modo que lo que antes podia presentarse bajo cierto aspecto como dudoso é incierto, tiene en virtud de la fórmula del magistrado un carácter preciso y riguroso que sujeta á la autoridad judicial á no salir de los limites que se le señalan (2). Asi dice Ulpiano (3) que si aquel que podia entablar la accion *quod jussu* ejercitare la de peculio, no puede despues dejando esta accion volver á quella, á no ser en el caso de que obtenga la restitucion por razon de dolo. Y de notar es que esta errada eleccion puede dar por resultado al demandante el no cobrar ya en todo, ya en parte lo que integramente podia haber percibido por la accion *quod jussu*.

---

(1) En el Com. al §. 3, tit. XXIX, lib. III de estas Inst.
(2) Ley 18, tit. III, lib. X del Dig.
(3) §. 5, ley 4, tit. V, lib. XIV del Dig.

4.° Que fija las personas de los litigantes. Así en las acciones populares el que se adelanta á entablarlas excluye á los demás (1); así cuando son muchos los deudores y el acreedor elige á uno de ellos para litigar, no puede despues de la *litis-contestacion* cambiar de persona, porque ya está extinguida su accion contra los demás (2). Ocurre, sin embargo, á veces, que es necesario trasferir la accion de una á otra persona, no para que represente distinto derecho ó persona, sino para que siga el derecho ya deducido en los términos en que se comenzó á ejercitar, por no poderlo hacer el que entabló la accion: esto requiere alguna mas explicacion para ser del todo comprendido. Cuando se trataba de sustituir un procurador en lugar del litigante principal, ó un litigante principal en lugar de un procurador, ó un procurador en lugar de otro procurador, la traslacion se verificaba cambiando sencillamente el nombre en la *condenacion* de la fórmula. Nada era necesario hacer respecto á la parte de la fórmula llamada *intentio*, porque como esta se redactaba siempre en nombre del litigante principal, aun en el caso de que un procurador suyo fuera el que hubiese comenzado el proceso, ni el reemplazo del acreedor principal por el procurador, ni el de un procurador por otro, podian en lo mas mínimo influir en dicha parte de la fórmula (3). Esta traslacion requeria un motivo justo y conocimiento de causa (4). Lo mismo sucedia en el caso de que se tratara de sustituir los herederos á los litigantes que morian, lo que se fundaba en que para apreciar la *intentio* debia atenderse al tiempo de la *litis-contestacion*, en el cual vivia aun el que despues fué representado por sus herederos (5); acaecia tambien lo mismo cuando se trasferia contra el padre por razon del peculio la accion entablada contra el hijo que habia muerto durante el litigio (6), ó contra el liberto (7) ó el *statu libero* (8) la accion noxal entablada contra su dueño, ó la accion de injurias del padre al hijo en caso de que aquel se ausentara ó abandonase el negocio en que se hallaba interesada la reputacion de este (9).

5.° Que determina el juez ó jueces que deben conocer del negocio. Solo en caso de una necesidad absoluta, como se ha dicho antes, podia haber lugar á reemplazar con otro al que una vez habia sido ele-

---

(1) Ley 28, tit. X, lib. XLVII; y ley 12, tit. XVI, lib. L del Dig.
(2) Ley 5, tit. I; y §. 1, ley 31, tit. II, lib. XLVI del Dig.
(3) §. 86, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(4) Leyes 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26 y 41, tit. III, lib. III del Dig.
(5) §. 34, Com. IV de las Inst. de Cayo; y §. 1, ley 8, tit. VII, lib. XXVII del Dig.
(6) Ley 57, tit. I, lib. V del Dig.
(7) Ley 14, tit. II, lib. III del Dig.
(8) Ley 15, tit. IV, lib. IX del Dig.
(9) §. 14, ley 17, tit. X, lib. XLVII del Dig.

gido juez, pero entonces no era preciso cambiar ninguna de las partes constituyentes de la fórmula (1).

6.° Que perpetúa las acciones que tenian antes el carácter de temporales: por lo tanto las pretorias que se extinguian en un año, una vez intentadas, se hacen perpétuas despues de la *litis-contestacion* (2): por esto tambien se trasmiten á los herederos las acciones de injurias que ya se hallan entabladas, cuando á no ser así se habrian extinguido con la muerte del injuriado (3); y lo mismo sucede respecto de las acciones penales, que en otro caso no pasarian contra los herederos, sino solo con relacion á la utilidad y lucro que les hubiere resultado del delito (4).

7.° Que es el punto de partida de ciertas apreciaciones que debe hacer el juez. Esta doctrina necesita mayor explicacion, porque en ciertas cosas y en determinados casos debe referirse el juez para las aprecíaciones al tiempo de la *litis-contestacion*, y en otros debe fijarse en el de pronunciarse la sentencia. Se atiende al de la *litis-contestacion* siempre que se trata de examinar si está bien fundada la accion, ya sea real, ya personal (5). Es probable, sin embargo, que en las acciones de buena fé, el juez en virtud de la autorizacion mas ámplia que tenia de consultar á la equidad, *ex æquô et bonô*, pudiera tomar en consideracion los hechos posteriores á la *litis-contestacion* (6). Pero cuando se trata de restituciones y de todo aquello á que mas particularmente se refiere la *condenacion*, debe atenderse al tiempo de la sentencia. Así es que en la reivindicacion solo puede ser condenado el demandado si posee la cosa litigiosa al tiempo de la sentencia, ó la ha dejado de poseer por dolo (7); y lo mismo es aplicable á la accion *ad exhibendum*, que aunque personal se dirige contra el poseedor (8), á la accion de depósito (9), á la accion de peculio en cuanto se refiere á la cuestion de saber en qué consiste este (10), y por último, cuando se trata de las apreciaciones necesarias para averiguar si una persona goza ó no del beneficio de competencia (11).

---

(1) Ley 17; §. inicial, ley 18; y ley 76, tit. I, lib. V del Dig.
(2) §. 1, ley 8, tit. VII, lib. XXVII; ley 20, tit. II, lib. XLVI; y §. inicial, ley 139, tit. XVII, lib. L del Dig.
(3) §. inicial, ley 13, tit. X, lib. XLVII del Dig.
(4) Ley 29, tit. II, lib. XLVI; y ley 139, tit. XVII, lib. L del Dig.
(5) Ley 20, tit. I, lib. VI; ley 10, tit. II, lib. VII; §§. 4 y 5, ley 8, tit. V, lib. VIII; ley 37; y §. 1, ley 42, tit. IV, lib. IX del Dig.
(6) Ley 17, tit. I, lib. XVII del Dig.
(7) §. 1, ley 27; y ley 42, tit. I, lib. VI del Dig.
(8) §. 4, ley 7; y ley 8, tit. IV, lib. X del Dig.
(9) §. 21, ley 1, tit. III, lib. XVI del Dig.
(10) Ley 30, tit. I, lib. XV del Dig.
(11) §. inicial, ley 63, tit. II, lib. XVII del Dig.

Examina el jurisconsulto Cayo, (1) si en el caso de que el demandado, despues de la *litis-contestacion*, y antes de la sentencia hubiere satisfecho al demandante, deberia ser absuelto ó condenado por el juez atendiendo á que al empezar el juicio tenia una causa en virtud de la que debia ser condenado. La escuela de Sabino y Casio, á que pertenecia el célebre jurisconsulto, opinaba por la absolucion, cualquiera que fuese la accion deducida en el juicio; y por esto se inferia que en opinion de la referida secta todos los juicios eran absolutorios: *et hoc ést quod vulgò dicitur Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria*. Aunque el texto de Cayo está mutilado en la parte que se refiere á la opinion de los Proculeyanos, parece sin embargo, atendiendo á lo que de él ha quedado, que respecto á las acciones de derecho estricto seguian la contraria opinion, aunque no así en las de buena fé y en las arbitrarias. Sin embargo de esto, es de creer que una y otra escuela modificarian en la práctica el rigor de sus principios, y especialmente la de los Proculeyanos, que no es de presumir que dejara de encontrar un medio para evitar que fuera condenado aquel que ya habia satisfecho lo que se le pedia en la demanda. Justiniano se adhirió á la opinion de los Sabinianos (2).

En el caso de que fuere determinada la cosa objeto del proceso, y pereciese despues de la *litis-contestacion*, parece por una parte que cuando esta pérdida sucedia por caso fortuito, quedaria libre el demandado, puesto que el deudor de una cosa determinada pereciendo esta se liberta; pero por otra parte parece que deberia sostenerse lo contrario, porque se supone que el demandado no tiene buena fé (3) é incurre en demora (4); el Emperador Adriano adoptó esta opinion por lo que hace á la peticion de herencia, segun refiere Paulo (5). Este jurisconsulto, despues de manifestar que los Proculeyanos seguian la misma opinion respecto á las peticiones especiales, y que los Sabinianos llevaban la contraria, añade que le parece mas justa la opinion de Próculo en cuanto al poseedor de mala fé, y la de Casio en cuanto al que la tiene buena, porque no es justo que el poseedor responda de la mortalidad, ó que por temor á este peligro tenga que dejar abandonado el pleito.

8.° Que interrumpia la prescripcion *longi temporis*; pero no sucedia lo mismo con la usucapion. Fúndase esta diferencia en que mien-

(1) §. 114, Com. IV de sus Inst.
(2) §. 2, tít. XII de este Libro IV.
(3) §. 11, ley 20; y §. 7, ley 25, tít. III, lib. V del Dig.
(4) Leyes 35 y 75, tít. XVI, lib. L del Dig.
(5) §. inicial, ley 40, tít. III, lib. V del Dig.

tras estuvo vigente el sistema formulario, segun en otro lugar he expuesto (1), la usucapion daba el dominio, y por lo tanto, completo su término la reivindicacion; pero por el contrario la prescripcion no era un modo directo de adquirir, sino un medio de rechazar al dueño antiguo, que cumplido el término que para la prescripcion estaba señalado, se presentaba á reclamar la cosa; ó lo que es lo mismo, la prescripcion era una excepcion concedida al nuevo poseedor contra el antiguo dueño, y por lo tanto el tiempo que corria despues de la *litis-contestacion* no podia por ningun título comprometer el derecho del demandante (2). Pero si bien la usucapion continuaba corriendo y podia completarse despues de la *litis-contestacion*, el demandado que por este medio habia adquirido la cosa, quedaba obligado en virtud del cuasi-contrato que implícitamente existia, á entregarla con todas sus accesiones al demandante si este salia vencedor, y lo que es mas, podia ser obligado á dar la caucion de dolo para el caso de que ó enajenase ó hipotecase la cosa litigiosa (3).

9.° Que impide la enajenacion de la cosa litigiosa. Las leyes de las Doce Tablas prohibieron dedicar á los dioses la cosa acerca de que pendia un litigio, bajo la pena del duplo, porque, como dice Cayo (4), á nadie es lícito hacer mas dura la condicion de su contrario; y añade el mismo jurisconsulto, que aunque no se hallaba expreso si el duplo debia ser para el coligante ó para el fisco, probablemente las leyes de las Doce Tablas se inclinarian á que fuera á favor del primero, como para darle un consuelo por habérsele opuesto un adversario mas poderoso. La interpretacion extendió despues á toda clase de enajenaciones la prohibicion que por las leyes de las Doce Tablas estaba tan limitada como se ha visto: un edicto de Augusto estableció posteriormente que el que comprase una cosa litigiosa incurriera en una pena pecuniaria de quinientos sestercios para el fisco, además de no considerarse como válida la venta (5). La enajenacion podia ser impedida por la excepcion *rei litigiosæ* (6). La prohibicion de enajenar era tan rigurosa, que en los juicios en que se trataba de la division de una herencia ó de una cosa comun, ninguno de los coherederos ó condueños podia enajenar voluntariamente, aunque sí por una causa anterior á la *litis-contestacion* (7).

---

(1) En la introduccion al tít. VI, lib. II de estas Inst.

(2) Ley 10, tít. XXXIII, lib. VII del Cód.

(3) Leyes 18 y 20, tít. VI, lib. VI del Dig.

(4) Ley 3, tít. VI, lib. XLIV del Dig.

(5) §. 8 del fragmento atribuido á Julio Paulo *de jure fisci*.

(6) §. 117, Com. IV de las Inst. de Cayo; §. 1, ley 27, tít. I, lib. XVI; y §. 1, ley 1, tít. VI, libro XLVI del Dig.

(7) Ley 13, tít. II, lib. X del Dig.; y leyes 1 y 2, tít. XXXVII, lib. III del Cód.

Interrogationes in jure. Estas interrogaciones eran ciertas preguntas hechas á una de las partes por la otra ó por el magistrado (1), preguntas dirigidas á adquirir el conocimiento de algunas circunstancias indispensables para la redaccion de la fórmula. De aquí se infiere que nada tenian de comun ni aun de semejante con las interpelaciones solemnes que, segun se ha visto, mediaban en las acciones de ley.

El uso de estas interrogaciones era frecuentemente neccesario para evitar que el proceso intentado se frustrase, ó que comprometiera á la pérdida de los derechos que se reclamaban. Así en el caso de que uno tratase de demandar al heredero de su deudor, y no supiera de un modo positivo si la persona á quien consideraba como heredero lo era realmente, ó si sabiendo que era heredero ignorase en qué porcion, debia por medio de preguntas oportunamente dirigidas, adquirir la certidumbre de lo que dudaba; porque si pedia contra el que no era heredero, el proceso era inútil; y si pedia contra el heredero, pero mayor cantidad que la que correspondiera á este en la deuda por su parte hereditaria, perdia el derecho, pena en que incurria el que reclamaba de otro mas de lo que le debia (2). Lo mismo tenia lugar respecto al que no estaba bien seguro de si era señor, padre ó propietario aquel contra quien queria entablar una accion noxal, una de peculio ó la de *damni infecti* (3), y respecto al que necesitaba saber la edad de su adversario para evitar así la nulidad del juicio, ó para poder entablar contra él oportunamente su accion (4). Esto era extensivo al que trataba de reivindicar, el cual podia preguntar á su contrario si poseia completamente ó solo en parte la heredad que se proponia reclamar, porque tenia el derecho, segun queda indicado antes de ahora, de que se le pusiese en posesion de la parte en que no hallaba persona contra quien dirigir su accion. Nadie estaba obligado á responder sobre hechos que no le eran puramente personales, y respondiendo ningun perjuicio causaba á aquel á quien se referia (5). En el caso de que se dudase si eran pertinentes las preguntas, el magistrado decidia si debian ó no ser objeto de respuesta (6).

Podia aquel á quien se dirigian las preguntas obtener en algunas ocasiones que se le concediera término para contestarlas, á fin de

---

(1) §. 9, ley 11, tít. I, lib. XI del Dig.
(2) §. inicial, ley 1; leyes 2 y 3; y §. 6, ley 9, tít. I, lib. XI del Dig.
(3) Leyes 7 y 8; §. 8, ley 9; y §. 2, ley 20 del mismo título y libro.
(4) §. inicial, ley 11 del mismo título y libro.
(5) §§. 3 y 4, ley 9; y ley 19 del mismo título y libro.
(6) Ley 21 del mismo título y libro.

enterarse bien en el caso de que no estuviese seguro de la respuesta que debia dar, no exponiéndose así á las consecuencias de su inexactitud, ya á fin de evitar comprometerse con una contestacion prematura: así el heredero instituido á quien se preguntaba dentro del término concedido para deliberar, si efectivamente era heredero, podia dilatar la respuesta hasta que trascurriera el plazo que se le concedia para aceptar ó repudiar la herencia (1).

En el caso de que el demandado afirmase en su contestacion una cosa que no fuese conforme con la verdad, estaba obligado por consecuencia de la respuesta y en virtud de un cuasi-contrato, del mismo modo que si fuese cierta su contestacion (2), porque, como dice Ulpiano, se le daba crédito contra sí, *fides ei contra se habebitur* (3). Producia además esta contestacion falsa el efecto de dejar libre al que realmente era deudor, del mismo modo que si el que contestaba tuviera el carácter que se atribuia (4).

Si el interrogado negaba falsamente la pregunta, quedaba en castigo obligado *in solidum*: así acaecia respecto al que siendo heredero por mitad, contestaba que solo lo era por una cuarta parte, porque en pena de la mentira debia pagar toda la deuda como si fuese heredero en el todo; mas esto no tenia lugar si asistian motivos justos al demandado para opinar que él era heredero en menor parte de la en que lo era realmente, como sucederia en el caso de que hubiera sido instituido heredero en una parte incierta, ó de que, sin apercibirse él, se hubiera aumentado su porcion hereditaria por el derecho de acrecer (5).

Si rehusaba contestar aquel á quien se preguntaba, ó si daba respuestas ambíguas ú oscuras que no dejasen al demandante enterado de lo que pretendia saber, quedaba el preguntado obligado *in solidum*, lo mismo que si negara lo que era cierto: fundábase esto, tanto en que se consideraba que era un desprecio á la autoridad del magistrado, como en la conveniencia de que no quedara impune su contumacia (6). Exceptuábase, sin embargo, el caso de que la persona á quien se preguntaba, tuviera justas causas para dilatar la respuesta, en los términos que he manifestado anteriormente.

Mas para que las interrogaciones en derecho produjeran estos efectos, era necesario además que tuvieran lugar á presencia del ma-

---

(1) Leyes 5 y 6, tít. I, lib. XI del Dig.
(2) §. inicial, ley 4; ley 7; y §§. 1 y 9, ley 11 del mismo título y libro.
(3) Dicho §. 1, ley 11.
(4) Leyes 18, 19 y 20 del mismo título y libro.
(5) §. 15, ley 1; tít. I, §. 4, ley 22; §. 5, ley 26, tít. IV, lib. IX; §. 5, ley 11; y ley 17 del mismo título y libro.
(6) §§. 4, 5, 6 y 7, ley 11 del mismo título y libro.

gistrado, *in jure* (1), y que la cosa confesada fuera posible de hecho y de derecho: bajo este último concepto ninguna fuerza tenia la confesion en el caso, por ejemplo, de que se contestara que uno era padre ó hijo de otro, si semejante manifestacion estaba contradicha por la edad respectiva de cada uno de ellos (2), ó si uno respondia que otro era esclavo suyo refiriéndose á una persona *sui juris* (3). Era además necesario que por consecuencia del hecho confesado ó negado tuviera realmente accion el interrogante contra aquel á quien preguntaba (4); que el que respondia faltando á la verdad, lo hiciera de mala fé, ó á lo menos con una falta reprensible de diligencia en averigüar la verdad (5); y por última, en el caso de que el confesante se enterara bien de la verdad de las cosas por medios que antes no conocia, que dejara de hacer oportunamente retractacion de su dicho (6).

Las acciones que en virtud de las interrogaciones *in jure* daba el pretor, se llamaban *interrogatoriæ actiones*; por lo cual la rúbrica del título del Digesto (7) en que Justiniano trata de esta materia, es *de interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus.*

Si se ha de dar fé á un fragmento de Calistrato inserto en el Digesto (8), en su tiempo, es decir, en el imperio de Alejandro Severo, habian ya caido en desuso las interrogaciones *in jure*, porque ninguno antes del juicio podia ser obligado á responder acerca de su derecho, y bastaba á los litigantes para sus pruebas las aseveraciones que sus contrarios hacian en juicio. Prescindiendo de la inexactitud de suponerse en el expresado fragmento que las interrogaciones *in jure* se referian al derecho mismo de los litigantes, y no á hechos que una de las partes necesitaba saber para entablar la fórmula, siempre resulta que hay abierta contradiccion entre el referido fragmento, y el afan con que los demás jurisconsultos de la misma época tratan de estas interrogaciones, lo que hace creer que es fundada la opinion de los que piensan que sufrió alteracion en las manos de Triboniano y de sus compañeros el citado pasaje de Calistrato.

Confessio in jure. La confesion delante del magistrado, *confessio in jure*, de que aquí hablo, es esencialmente distinta de la que resultaba de las interrogaciones, que acaban de mencionarse. Esta úl-

---

(1) §. 1, ley 4, tít. I, lib. XI del Dig.
(2) §. inicial, ley 13 del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 13; §§. inicial y 1, ley 14 del mismo título y libro.
(4) §. 1. ley 13; y leyes 15 y 16 del mismo título y libro.
(5) §§. 3, 8, 10 y 11, ley 11 del mismo título y libro.
(6) §. 12 de la misma ley, título y libro.
(7) Dicho título y libro.
(8) §. 1, ley 1 del mismo título y libro.

tima tenia por objeto hechos cuyo conocimiento era necesario para la redaccion de la fórmula: aquella se referia intrínsecamente al mismo negocio.

Las leyes de las Doce Tablas equiparaban al que confesaba con aquel que habia ya sido sentenciado; por esto dice Paulo (1): *confessus pro judicatô est*, y da por razon que el que confiesa se condena á sí mismo. En su consecuencia el que confesaba la justicia de la demanda de su contrario, quedaba sujeto á todos los medios ejecutivos que habria contra él si la sentencia del juez hubiera venido á poner fin al negocio: y así no era necesario que en tal caso el demandante obtuviera accion del magistrado (2). Pero para que esto tuviese lugar tan latamente, necesario era que la confesion, del mismo modo que la sentencia, se refiriese á una suma determinada ó á un objeto cierto (3); en otro caso debia el magistrado obligar al demandado á que la determinase (4), y si este no lo hacia, se nombraba un juez cuya mision se reducia solo á fijar la estimacion de la cosa confesada (5).

Lo que se dice del demandado que confesaba la certeza de lo que se le demandaba, debe entenderse á su vez del demandante cuando confesaba la certeza de las contradicciones que le oponia su contrario, las que, siendo fundadas, daban lugar á que el magistrado le denegase la accion.

Juramento delante del magistrado (Jusjurandum in jure.) No debo aqui hablar de las diferentes clases de juramentos que se conocian en el derecho romano, sino limitarme solo al que se deferia delante del magistrado, *in jure*. Este era el medio mas pronto y eficaz de poner fin al proceso: consistia en sujetarse un litigante á pasar por el juramento que hiciera su contrario teniéndolo por prueba bastante contra sí, lo que equivalia á hacerlo juez de la contienda entre ellos pendiente. En este caso la parte á quien se pedia debia jurar ó pagar (6), por lo que se llamaba *necesario* á este juramento. Si juraba de un modo ventajoso á su contrario, el pleito se tenia por decidido, y procedian ya los medios de ejecucion: mas si por el contrario juraba en sentido opuesto al que convenia al demandante, quedaba del todo libre de la accion (7). Al acto de deferir una de las partes á la otra el juramento se llamaba *deferre jusjurandum*.

---

(1) Ley 1, tít. II, lib. XLII del Dig.
(2) §. 5, tít. I, lib. II de las Sent. de Paulo.
(3) §. inicial, ley 6, tít. II, lib. XLII del Dig.
(4) § 1 de dicha ley 6.
(5) §. 2, ley 25, tít. II, lib. IX del Dig.
(6) §. 6, ley 34, tít. II, lib. XII del Dig.
(7) Ley 7 del mismo título y libro.

Aunque por regla general aquel á quien se deferia el juramento debia prestarlo, ó satisfacer lo reclamado, tenia, sin embargo, derecho de exigir que aquel que le ponia en esta alternativa jurase que no lo hacia de mala fé, juramento llamado de calumnia y que no debia pedirse al patrono ni á los ascendientes (1). Mas aquel cuyo juramento se solicitaba podia libertarse de la alternativa de prestarlo ó de pagar, haciéndolo recaer sobre su contrario, á lo que se llamaba *referre jusjurandum*; medida justa, porque el que queria imponer á su colitigante la necesidad de jurar, no debia tener á su vez motivo alguno para no querer sujetarse á la misma condicion: si á ello se negaba, perdia el derecho de hacer la reclamacion que intentaba (2). No valia en estos casos para excusarse de la alternativa, que pretestara aquel á quien se exigia el juramento la existencia de pruebas á su favor, medio no tan fácil ni concluyente como el del juramento para terminar el pleito.

In judicio. Las actuaciones que se hacian ante el juez formaban, como queda indicado, lo que se llamaba juicio, *judicium*. Respecto á él debe considerarse la *comparecencia de los litigantes ante el juez*, *el órden de las alegaciones*, *las clases de pruebas y la sentencia.*

Comparecencia de las partes ante el juez. De creer es que cuando se introdujo el sistema formulario, siguiera en uso aun la *comperendinatio*, de que se ha hablado al tratar de la acciones de ley, y que en virtud de ella se presentarán en el dia *perendino* las partes ante el juez. No soy de opinion, sin embargo, que al efecto los litigantes se diesen seguridades, como han pretendido algunos, suponiendo que la caucion *judició sisti* era aplicable á esta comparecencia. Las diferentes significaciones de la palabra *judicium* les han hecho incurrir en este error, y atribuir á la comparecencia ante el juez lo que estaba dispuesto para la comparecencia ante el magistrado. Ni debe parecer extraño el que no se exigiera caucion alguna para que las partes compareciesen ante el juez, puesto que estaba en su interés el hacerlo. En efecto, no es de creer que el demandante que provocaba el pleito, que solicitaba y obtenia la fórmula para poderlo seguir, se excusara del litigio por él suscitado, y mucho menos atendidos los antiguos principios, segun los cuales el mayor daño que podia inferírsele era ver absuelto á su contrario. Tambien el demandado estaba interesado en comparecer, porque en el hecho de désertar del juicio indicaba que carecia de medios de defensa, puesto que no se presentaba á deducirlos, pudiendo

---

(1) §. 4, ley 34, tít. II, lib. XII del Dig.
(2) §. 7 de dicha ley 34.

por otra parte ser continuado el juicio sin su presencia, porque la fórmula del magistrado no comprendia la necesidad de que compareciera aquel á quien se demandaba.

Hablaré ahora del caso en que uno de los litigantes no compareciese ante el juez. Si el que no comparecia era el que habia introducido la demanda, podia el demandado exigir que se procediera sin dilacion al juicio; mas no por esto el pleito debia ser fallado á su favor, sino que el juez con arreglo á lo que resultara, debia absolverlo ó condenarlo (1). Aunque el demandado no exigiese que el juez cumpliese con su oficio, se exponia el demandante al peligro de que caducase la fórmula en los términos que manifestaré mas adelante. Si era el demandado el que no se presentaba al juez, y el demandante queria que se le administrase justicia, debia ante todas cosas hacer que constase la contumacia de su contrario. Para esto debia acudir nuevamente al magistrado, el cual, accediendo á la instancia que se le hacia, daba edictos por dos ó tres veces con intervalo de diez dias al menos de una á otra, mandando que compareciera el demandado (2). El último edicto contenia la prevencion siguiente: *etiàm absente adversâ parte cogniturum se, et pronuntiaturum* (3). Llamábase *perentorio* este último edicto, segun Ulpiano, porque quitaba toda disputa ulterior, y no permitia que el contrario tergiversase despues los hechos, *quod perimeret disceptationem, hoc est, ultrà non pateretur adversarium tergiversari* (4). Pero el magistrado, atendiendo á las circunstancias, á la naturaleza de la causa, á la condicion de las personas ó á otros motivos, podia desde luego dar el edicto perentorio omitiendo los demás, y entonces se decia: *edictum unum pro omnibus* (5). Esta publicacion de edictos no era necesaria en el caso de que el demandado hubiera sido citado especialmente (6). Si á pesar del edicto perentorio no comparecia el demandado, debia aun ser citado otra vez, y no presentándose se le reputaba como contumaz, á lo que era consiguiente que pudiera ser juzgado el pleito sin que él estuviera presente; mas no por esto se entendia que debiera ser condenado siempre, sino solo en el caso de que la justicia lo exigiese por no tener buena causa (7). El reo contumaz condenado no po-

---

(1) §. 1, ley 27, tít. XII, lib. XL; y ley 28, tít. I, lib. XLIX del Dig.
(2) Leyes 68, 69 y 70, tít. I, lib. V del Dig.
(3) Ley 71 del mismo título y libro.
(4) Ley 70 del mismo título y libro.
(5) Ley 72 del mismo título y libro.
(6) Ley 2, tít. XLIII, lib. VII del Cód.
(7) §. inicial ley 73, tít. I, lib. V; y §. 1, ley 53, tít. I, lib. XLII del Dig.

dia apelar (1): el único recurso que le quedaba era la restitucion *in integrum*, y para gozar de él tenia que justificar las justas causas que le habian impedido comparecer (2). Cuando no se observaban contra el contumaz los trámites regulares de los procedimientos, ó habia muerto al pronunciarse la sentencia, esta era nula (3).

Orden de la alegaciones. Las alegaciones se hacian en público y oralmente todos los dias, á excepcion de los feriados. Al efecto debian presentarse los litigantes en el juicio con todas las pruebas que convinieran á su derecho respectivo. Despues de presentados los documentos y de oir el juez á los testigos, seguian las alegaciones ó las peroraciones de los litigantes, *causæ peroratio*; á veces habia diferentes alegaciones de una y otra parte. Podia el juez conceder dilaciones ó términos, ya fuera para la presentacion de pruebas (4), ya para preparar la sentencia (5).

Pruebas. Es un principio general que la obligacion de probar corresponde al que afirma y no al que niega, principio que formuló Paulo (6) en estas palabras que han servido como de adagio en todos los paises: *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.* El emperador Diocleciano (7) funda esta regla en que no es posible probar el hecho del que niega, proposicion que si bien no siempre es cierta, porque por medio de hechos positivos se puede á las veces venir á probar los negativos, es exacta casi siempre, y jurídicamente hablando es necesaria, porque seria injusto imponer al que se defiende la obligacion de probar la falsedad de lo que en su daño se dice. Como el actor es el que afirma lo que en la demanda refiere para fundar su derecho, de aqui es que á él incumbe probar la accion, así como á su vez el demandado tiene que probar lo que asegura para rechazar las pretensiones del demandante: por esto se dice que en la excepcion es actor (8).

Los testigos, los documentos, el juramento y *la confesion*, eran los medios de prueba que aducian los litigantes delante del juez, y que aquí corresponde examinar.

---

(1) §. 3, ley 73, tít. I, lib. V: §. 3, ley 23, tít. II, lib. XLIX del Dig.; y ley 1, tít. XLV, lib. VII del Cód.

(2) §. 12, ley VII, tít. IV, lib. IV; ley 75, tít. I, lib. V; §. 2, ley 53; y ley 54, tít. I, lib. XLII del Dig.

(3) §. 3, ley 59, tít. I, lib. XLII del Dig.

(4) §. inicial, ley 36, tít. I, lib. V del Dig.

(5) §. 4, ley 13, tít. VIII, lib. IV del Dig.

(6) Ley 2, tít. III, lib. XXII del Dig.

(7) Ley 23, tít XIX, lib. IV del Cód.

(8) Ley 12, §. inicial, ley 19, tít. III, lib. XXII del Dig.; y leyes 1 y 9, tít. XIX, lib. IV del Código.

Testigos. Cada parte designaba los testigos de que pensaba valerse, los cuales eran citados por autoridad del magistrado (1). Daban sus declaraciones oral y públicamente ante el juez, teniendo las partes y sus abogados derecho de hacerles las preguntas que creyeran convenientes. Podian tambien declarar por escrito, porque á ninguno se compelia á deponer personalmente en los negocios civiles, si bien no merecia la mayor fé el testimonio dado de esta manera (2). Cuando por circunstancias particulares temia alguno no poder hacer en lo sucesivo una prueba de testigos que le fuera interesante, debia acudir al magistrado, exponerle sencillamente el hecho y el peligro que podia resultar de dilatar el exámen de los testigos, y obtener así que se verificara desde luego (3).

En un principio parece que estuvo reducido á diez el número de testigos que podia presentar cada uno de los litigantes: esta regla debió sufrir alteracion en tiempos posteriores, admitiéndose mayor número, hasta que las constituciones imperiales establecieron que solo se examinase á los que los jueces creyeran necesarios, para evitar de este modo las vejaciones consiguientes á emplear un número exorbitante de testigos (4). Un solo testigo se reputaba como ninguno, y no debia ser oido en juicio aun en el caso de que fuera una persona constituida en dignidad (5).

Ninguna regla habia que determinase el grado de confianza que debia el juez dar á las declaraciones, ni el número de testigos necesario para hacer prueba; por el contrario, se seguia el principio de que el juez no debia contar, sino pesar los testimonios, tomando en consideracion la dignidad, la posicion, las costumbres, las riquezas, la imparcialidad y el concepto de los testigos (6).

Por costumbre que tenia fuerza de ley no era admitido el testimonio de los descendientes en causas de los ascendientes, ni el de los ascendientes en causas de los descendientes. La ley Julia *de vi* prohibia atestiguar á los impúberos, á los perjuros, á los que se habian dejado sobornar, á los que por razon de sus crímenes se hubieran hecho indignos de crédito, y á las mujeres que se prostituian (7).

Documentos. No estaba sujeta á determinadas reglas la prueba instrumental, *tabulæ*, *instrumenta*, antes bien el juez tenia ámplia la-

---

(1) §. 3, ley 2, tit. I, lib. V; y §. 6, ley 3, tit. V, lib. XXII del Dig.
(2) §§. 3 y 4, ley 3 del mismo título y libro.
(3) Ley 40, tit. II, lib. IX del Dig.
(4) §. 2, ley 1, tit. V, lib. XXII del Dig.
(5) §. 1, ley 9, tit. XX, lib. IV del Cód.
(6) Ley 2; §§. inicial y 1, ley 3; y §. 3, ley 21, tit. V, lib. XXII del Dig.
(7) §. 5, ley 3; y leyes 13, 16 y 19 del mismo título y libro.

titud para apreciar el grado de fé que debia dar á los documentos que se le presentaban. Tampoco habia procedimientos particulares para probar la legitimidad de la escritura: cuando se suscitaba cuestion acerca de este punto, podian las partes rechazar la prueba escrita con la prueba de testigos (1). Era necesario, por regla general, que la escritura dimanase de la persona contra quien se producia (2). El que tenia intencion de valerse de escrituras delante del juez, debia presentarlas, al menos en copia, al tiempo de la *actionis editio*, si bien estas copias no hacian prueba sino en cuanto se demostrase que estaban conformes con sus originales (3).

Nadie por regla general debia ser compelido á presentar los títulos que tenia en su poder, ni aun á su contrario. Exceptuábase el caso en que se tratara de un préstamo de dinero, pues entonces el demandado podia exigir que el demandante presentara sus libros de cuenta, *rationes* (4). Mas aun se exigia de los banqueros, *argentarii, nummularii*, los cuales estaban obligados, con arreglo al edicto del pretor, á presentar sus libros, bien fuesen demandantes ó demandados, ó extraños absolutamente al pleito, lo que se fundaba en que tenian una especie de carácter público (5). Las actas públicas, en el sentido riguroso de la palabra, debian estar, con arreglo á un rescripto del emperador Alejandro Severo, á disposicion de todos los ciudadanos para que así tuvieran medios de investigar y de probar la verdad que les interesase (6).

Juramento en juicio (jusjurandum in judició). Como á medio de prueba para justificar las alegaciones contenidas en la fórmula, podia acudirse al juramento ante el juez. En un principio solo podia este decretarlo para obtener el complemento de prueba que necesitaba. El juramento se recibia al demandado no solo en el caso de que las pruebas alegadas no fueran suficientes para condenarlo, sino tambien cuando siendo cierto que debia ser condenado, se trataba de fijar la cantidad de la condenacion: á este último juramento se daba mas especialmente el nombre de *juramentum in litem* (7). Tenia esto lugar en las acciones reales, en la *ad exhibendum*, en las personales de buena fé, en las arbitrarias y aun en las de derecho estricto cuando la *intentio* no consistia en una cantidad determinada (8).

---

(1) §. 4, tít. XV, lib. V de las Sent. de Paulo.
(2) Leyes 6 y 7, tít. XIX, lib. IV del Cód.
(3) Ley 67, tít. VII, lib. XXVI del Dig.; y ley 11, tít. XXI lib. IV del Cód.
(4) Leyes 5, 6 y 8, tít. I, lib. II del Cód.
(5) §. 2, ley 9, tít. XIII, lib. II del Dig.; y leyes 5, 6 y 8 del mismo título y libro.
(6) Ley 2 del mismo título y libro.
(7) Tít. III, lib. XII del Dig.; y tít. LIII, lib. V del Cód.
(8) §§. 2 y 4, ley 4; §§. inicial y 4, ley 5; y leyes 8 y 10, tít. III, lib. XII del Dig.

Mas el juramento no ligaba al juez, el cual quedaba en libertad de absolver completamente al demandado, ó de condenarlo en una suma inferior á la comprendida en el juramento.

La *confesion en juicio (confessio in judiciô)* tenia el mismo carácter y se fundaba en los mismos principios que quedan expuestos al tratar de la confesion que se hacia *in jure*.

Sentencia. La sentencia *(sententia)* terminaba la instancia seguida ante el juez: no debe confundirse esta con las decisiones que el juez tomaba mientras duraba la instancia, *interlocutiones*, *jussus, mandata.* La sentencia debia pronunciarse en latin, si bien los emperadores Arcadio y Honorio (1) declararon que en las provincias podia tambien usarse del griego. El juez tenia que pronunciarla de viva voz bajo pena de nulidad, y en presencia de las partes, á lo que se llamaba *pronuntiare* (2): lo cual debe entenderse sin perjuicio de lo que ya se ha dicho respecto á los contumaces. No era esto impedimento para que pudiera escribir anticipadamente la sentencia con tal que la leyera en la audiencia, *ex tabellâ pronuntiare*: con el tiempo se hizo obligatoria la redaccion por escrito, *ex periculô recitare* (3). En la sentencia debian expresarse los motivos en que se fundaba (4), y una vez pronunciada, no era modificable por el juez, el cual cesaba en sus funciones al darla, doctrina no extensiva á las providencias interlocutorias que eran capaces de revocacion y de modificacion (5). Para fallar el juez con mayor acierto, podia consultar al magistrado sobre los puntos de derecho, aunque no sobre los de hecho (6) y tambien aconsejarse de personas cuyas luces le inspiraran confianza.

El juez no solo podia absolver ó condenar, sino que tambien tenia la facultad de abstenerse de pronunciar sentencia, jurando que no estaba bastante convencido de la justicia de los litigantes *sibi non liquere* (7), en cuyo caso el demandante, si queria, acudia al magistrado para que le diera un nuevo juez.

La condenacion debia ser siempre é indispensablemente pecuniaria, segun queda ya manifestando; es decir, que aun en el caso de que el demandante pidiera una cosa determinada, el juez no debia condenarle á restituirla ó á darla en especie, sino condenarle á pagar una suma cuyo importe se fijaba con arreglo á las circunstancias y al ca-

---

(1) Ley 12, tit. XLV. lib. VII del Cód.
(2) §. 2, ley 59; y ley 60, tit. I. lib. XLII del Dig.
(3) Leyes 1, 2 y 3, tit. XLIV, lib. VII del Cód.
(4) §. 1, ley 1, tít. VIII, lib. XLIX del Dig.
(5) Leyes 14, 52 y 55, tit. I lib. XLII del Dig.
(6) §. 1; ley 79, tit. I, lib. V del Dig.
(7) Ley 36, tit. I, lib. XLII del Dig.

rácter de la accion entablada (1). La fijacion de esta suma era tan esencial, que hacia nula la sentencia en que se omitia; pero la condenacion en aquello que se habia pedido, *quod petitum est* ó *quantum petitum est*, era válida si en la demanda se habia reclamado una cantidad determinada (2), porque entonces realmente habia una suma cierta en la sentencia.

La sentencia legalmente pronunciada constituia lo que se llamaba *cosa juzgada*, *res judicata*, de cuyos efectos debo hacer aquí algunas indicaciones. Es un axioma que la cosa juzgada se reputa como una verdad legal, al menos entre los que litigan: *res judicata pro veritate habetur*. Del mismo modo que la *litis-contestacion* producia una novacion que extinguia las relaciones jurídicas preexistentes, así la cosa juzgada, disolviendo la obligacion que se habia contraido por la *litis-contestacion*, hacia nacer otra nueva, como manifesté al hablar de la novacion (3), ó bien directamente ó con el auxilio de una excepcion. La cosa juzgada por lo tanto ponia fin al litigio é impedia que pudiera este suscitarse de nuevo. Sus efectos, sin embargo, eran diferentes, segun que la sentencia fuera absolutoria ó condenatoria. Si era absolutoria, la cosa juzgada extinguia las relacionee preexistentes entre el demandante y demandado en lo que se referia al litigio; y por esto con oportunidad se ha dicho que el efecto de la sentencie era entonces negativo; en el segundo caso, si bien la sentencia destruia las antiguas relaciones, creaba en su lugar otras pecuniarias que podia el demandante hacer valer por la accion de cosa juzgada, *actio judicati*. Además tenia este la excepcion *rei judicatæ* en el caso de que el demandado quisiera en lo sucesivo reivindicar como suya la cosa de que él habia sido ya declarado dueño (4). Mas si el demandado era el que habia salido victorioso en el litigio, y el vencido trataba en lo sucesivo de volver á suscitar el mismo pleito, podia aquel oponerle, ya la extincion *ipsô jure* de su facultad de reclamar, ya la excepcion *rei judicatæ*, con arreglo á la diversidad de casos, como queda expuesto al tratar de la novacion (5).

La duracion de los juicios llamados *legítimos* en oposicion á los denominados *judicia imperiô continentia*, era indeterminada en su orígen. Cayo (6) dice que la ley Julia los fijó en un año y seis meses, término que sin duda deberia contarse desde la *litis-con-*

---

(1) § 48, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 1, ley 59, tit. I, lib. XLII del Dig.
(3) Al comentar el §. 3, del tit. XXXIX, lib. III de esta obra.
(4) §. 2, ley 40, tit. III, lib. III: leyes 15 y 19; y §. 1. ley 30, tit. II, lib. XLIV del Dig.
(5) En el comentario al §. 3, tit. XXIX, lib. III de estas Inst.
(6) §. 104, Com. IV de sus Inst.

testacion. Podia sin embargo el pretor, por consentimiento de las partes, abreviar este término y prorogar despues el fijado, con tal que no excediese de los referidos diez y ocho meses (1). Los juicios llamados *imperiô continentia* concluian con la jurisdiccion del magistrado que concedia la fórmula: por esto dice Cayo (2): *tamdiù valent, quamdiù is qui ea præcepit, imperium habebit.* Asi sucedia que en las acciones concedidas por el magistrado, cuando estaban para espirar sus funciones, no tenian las partes el tiempo necesario para terminar el juicio. De aquí dimanaba que en las provincias en que todos los juicios eran *imperiô continentia*, al comenzar el año judicial se apresuraran los que tenian que demandar á alguno para obtener la accion. Cuando no habia asuntos que de suyo exigian preferencia, la suerte señalaba el órden con que el magistrado debia examinar las acciones respectivas. Los inconvenientes de este método no serian en su época quizá tan graves y absurdos como hoy nos parecen, porque el gran número de personas que podian ser designadas como jueces, haria mas posible la verificacion del juicio dentro del término de la magistratura del que habia dado la accion. La duracion de los juicios *imperiô continentia,* tal como queda expuesta, debió caer en desuso en tiempo de los Emperadores, que renovaban los magistrados de las provincias sin atenerse á las épocas ordinarias que antes estaban designadas.

TERCER SISTEMA.

Juicios extraordinarios.

La transicion del sistema formulario al de juicios extraordinarios se verificó lenta y gradualmente, como ya indiqué en otro lugar. El principio de que el magistrado conociera del negocio y lo resolviese por sí mismo en lugar de remitir su conocimiento á un juez, habia sido admitido anteriormente algunas veces como excepcion, y entonces se decia que el magistrado conocia *extra ordinem, cognitio extraordinaria:* asi sucedia en los casos en que su jurisdiccion por sí misma podia terminar el negocio, en los que se necesitaba usar de su imperio, *imperium,* y en aquellos en que no habiendo accion civil ni pretoria, era preciso recurrir extraordinariamente al mismo magistrado, el cual con las ámplias atribuciones de que estaba revestido

(1) §. 2, ley 2; y ley 32, tit. I, lib. V del Dig.
(2) §. 105, Com. IV de sus Inst.

podia obrar de una manera que no era dada á la autorizacion limitada del juez. Cuando los Emperadores, reuniendo en sí todos los poderes y teniendo una autoridad sin límites, avocaban los negocios y se multiplicaban cada vez mas los llevados ante ellos, se aumentó considerablemente el número de los juicios extraordinarios, *cognitiones extraordinariæ*, porque no juzgando siempre por sí mismos de todos, lo que hubiera sido imposible, delegaban sin emplear fórmulas, sin observar el órden de procedimientos seguido durante el sistema formulario, y refundiendo en sus delegados las atribuciones que antes, como se ha visto, estaban divididas entre el juez y el magistrado. Por otra parte, el sistema formulario debia naturalmente concluir cuando habian desaparecido los vestigios de la formacion de listas anuales para el nombramiento de los jueces y las demás instituciones republicanas, que aunque conservadas algun tiempo bajo la forma del gobierno imperial, cayeron en desuso é hicieron que el nombramiento de jueces no dependiera ya de las mismas condiciones y reglas que en los antiguos tiempos. Diocleciano y Maximiano (1) vinieron á sancionar por medio de la ley, en el año 294 de la era cristiana, lo que ya venia siendo regla general por la costumbre, mandando á los presidentes de las provincias que conocieran por sí mismos de todas las causas, aun de aquellas para las que anteriormente el uso autorizaba que se dieran jueces; regla que, atendidos los términos de la constitucion en que se estableció, era solo aplicable á las provincias, y que se hizo de uso general en todo el imperio. Mas los mismos Diocleciano y Maximiano reservaron á los magistrados la facultad de dar á las partes jueces inferiores, cuando las ocupaciones públicas ó la multiplicacion de los negocios les impidiesen conocer por sí mismos. Pero á pesar de esto, no puede decirse que continuaba aun el sistema formulario: muy al contrario, habia ya concluido del todo, porque ni el nombramiento de jueces se hacia con arreglo á las fórmulas antiguas, ni existia ya la diferencia entre *jus* y *judicium*, diferencia esencial en el sistema anterior. La excepcion llegó á ser regla general, y las atribuciones del magistrado y del juez vinieron á refundirse en una sola persona, en la del magistrado.

Así la palabra *accion* en esta época no significaba ya una forma determinada y solemne de proceder, como durante las acciones de ley, ni el derecho que daba el magistrado de perseguir ante el juez lo que era de alguno, ó lo que se le debia, ni la fórmula que regulaba este derecho, como en el sistema formulario; sino que significaba el derecho de dirigirse á la autoridad competente para per-

---

(1) Ley 2, tit. III, lib. III del Cód.

seguir el derecho *en ó á* la cosa, ó el acto mismo de hacerlo. La palabra *excepcion* mudó tambien de sentido; porque en vez de referirse á una limitacion puesta por el magistrado al poder de que revestia al juez, quedó reducida á significar un medio de defensa que el demandado hacia valer delante del tribunal que le juzgaba. Mas es necesario conocer que á pesar de todas estas innovaciones, el cambio no fué radical, sino que se conservaron en el nuevo sistema muchos vestigios del antiguo.

Organizacion judicial.

La division que del imperio hizo Constantino en cuatro grandes prefecturas, la de Oriente, la de Iliria, la de la Italia y la de las Galias á la que unió Justiniano la de Africa, y la subdivision de las prefecturas en diócesis y de las diócesis en provincias, introdujeron importantes reformas en la magistratura. Al frente de cada prefectura habia un prefecto, y en cada provincia otro magistrado revestido de la alta jurisdiccion, llamado *proconsul* en las provincias de mas extension, en otras *consularis, corrector* ó *rector*, y simplemente *præses* en las mas cortas, si bien á todos ellos, para indicar las funciones judiciales de que se hallaban revestidos, se daba el nombre de jueces ordinarios, *judices ordinarii*. En Roma y en Constantinopla ocupaban el supremo grado de la jerarquía judicial los prefectos de la ciudad y del pretorio, jerarquía que se extendia á los vicarios de los prefectos del pretorio, al procónsul del Asia y al de la Acaya. El prefecto de Egipto ocupaba un rango mas elevado que el que antes tenia, porque era superior á los jueces ordinarios y al jurídico de Alejandría.

Los magistrados juzgaban por si mismos: los litigantes solo eran remitidos á los jueces pedáneos cuando se trataba de pequeños intereses.

Los magistrados municipales se llamaban jueces menores, *judices minores*; los habia en Italia y en las demás provincias: en tiempo de Justiniano ninguna intervencion tenian ya en la administracion de justicia.

Además de los magistrados que como jueces ordinarios administraban justicia, habia otros especiales para los negocios militares y eclesiásticos.

En las provinciass se creó una nueva especie de magistratura, la de los defensores, quienes en las ciudades que no estaban erigidas en municipios, tenian jurisdiccion en las causas que no excedian de cincuenta sólidos. Su principal cargo era el de sostener los intereses de la república, de la plebe y de la ciudad, y defender á los débiles

contra las vejaciones de los delegados del Emperador. En las ciudades en que tenian jurisdiccion podian ejercer actos de la voluntaria y nombrar tutores á los pupilos de medianas facultades; despues se extendió su competencia hasta conocer de los pleitos que no excedian de trescientos sólidos: sus fallos eran apelables para ante los lugartenientes del Emperador.

En tiempo del emperador Juliano los jueces pedáneos adquirieron el carácter permanente de jueces en negocios de poca importancia; los presidentes de las provincias eran los que tenian la facultad de nombrarlos (1). Una constitucion del emperador Zenon (2) señaló cierto número para cada tribunal, y Justiniano (3) los organizó de nuevo, á lo menos en Constantinopla, estableció un consejo permanente de ellos, limitó su jurisdiccion á la suma de trescientos sólidos, y reservó para sí los nombramientos.

Los magistrados ó jueces ordinarios, durante este tercer sistema, deliberaban en salas denominadas *secretaría* ó *secreta*, en las que solo eran admitidos sus asesores: auxiliados de sus oficiales, dirigen los procedimientos y pronunciaban los fallos en presencia del público.

La competencia de los tribunales sufrió alguna alteracion en este período. Constantino estableció que las causas que tuvieran conexion entre sí y en que fueran unos mismos los litigantes, se reunieran en un proceso, con objeto de evitar que se dividiera la continencia de la causa; disposicion que mas especialmente se referia al caso en que vinieran á coincidir los juicios de posesion y propiedad que no podian ser tratados ante diferentes jueces (4). Tambien determinó Constantino que todos los que tuvieran interés en una misma causa se sujetasen al mismo tribunal, lo que despues suprimió el emperador Juliano (5). Los Emperadores Valente y Valentiniano dieron la competencia en las causas de despojo al magistrado del lugar en que se habia verificado (6). La competencia del magistrado por razon de la situacion de la cosa inmueble que se litigaba comenzó tambien á introducirse en tiempo de Constantino: entonces aquel que poseyendo por otro era demandado como detentador, debia designar el dueño, al cual tocaba responder ante el mismo juez, y si no comparecia, se ponia al demandante en posesion de la cosa litigiosa, invirtiéndose así el primitivo órden que teniau las partes en el proceso, puesto que el demandado se convertia en demandante, y el demandante en

---

(1) Ley 5, tít. III, lib. III del Cód.
(2) Cap. 21 de la Nov. 82.
(3) Capítulos 1, 2, 3, 4 y 5 de la misma Novela.
(4) Ley 10, tít. III, lib. I del Cód.
(5) Ley 1, tít. XL, lib. III del Cód.
(6) Ley única, tít XVI, lib. III del Cód.

demandado (1). Amplióse esta decision en el imperio de Valentiniano y Teodosio (2), los cuales establecieron que la accion real podia ser entablada en el sitio en que radicaba la cosa litigiosa: desde entonces, tanto el juez del domicilio, como el del lugar en que estaba sita la cosa, fueron competentes; pero esto no era extensivo á la peticion de la herencia, de que debia conocer siempre el juez del domicilio.

Una novela del emperador Justiniano (3) estableció como único principio de competencia que cada uno debia comparecer en el tribunal del territorio donde se habia obligado. Por el lugar de la obligacion no solo comprendia aquel en que se habia contraido ó cuasi-contraido, delinquido ó cuasi-delinquido, sino tambien el en que retenia una cosa sin derecho, con lo que implícitamente se declaraba que el juez del lugar, en que estaba sita la cosa, era competente en las acciones reales.

Orden de los procedimientos.

El llamamiento á juicio, *vocatio in jus*, pierde en esta época el carácter de violencia que tenia en las anteriores; ya no es lícito al particular emplear la fuerza para llevar á su contrario á juicio, sino que la accion judicial por otros medios coactivos, en el caso de que no comparezca el demandado, reemplaza la autoridad pública á la autoridad privada. Desaparece la *actionis editio*, la *actionis postulatio* y el *vadimonium* del antiguo sistema formulario. La denuncia de la accion, *actionis denuntiatio*, que para acelerar la marcha de los pleitos se habia hecho de general observancia, y que en el imperio de Constantino llegó hasta ser un acto obligatorio y público que constaba en actas, y que era notificado al demandado por medio de un dependiense del tribunal, *viator* ó *executor*, cayó tambien en desuso, y no es esto de extrañar porque la nueva forma de la *in jus vocatio* la hacia innecesaria.

En efecto, en este tiempo introduciase la demanda por medio de un escrito, *libellus conventionis*, en el cual el demandante exponia brevemente lo que solicitaba, escrito que el magistrado hacia poner en manos del demandado por conducto del *executor*. No era indispensable, sin embargo, que siempre se entablase la demanda por escrito; muy al contrario, podia por regla general intentarse sin semejante requisito (4).

---

(1) Ley 2, tit. XIX, lib. III del Cód.
(2) Ley 3 del mismo título y libro.
(3) La 69.
(4) §. 1, ley 17, tit. II, lib. II del Cód.

La *litis-contestacion* perdió el efecto de extinguir el derecho primitivo que en el nuevo método quedó siempre subsistente.

En las pruebas seguia el magistrado las mismas reglas adoptadas antes por el juez: introdujéronse, sin embargo, algunas diferencias.

Una constitucion de Constantino mandó que se exigiese el juramento á los testigos en los negocios civiles. A pesar de que en ellos ninguno podia ser obligado á deponer, esto fué sucesivamente variándose: el emperador Zenon impuso la necesidad de hacerlo á aquel que hubiera ya comparecido ante el juez para declarar (1), al que fuere testigo de un acta respecto á esta, y al que hubiera antes declarado en el mismo hecho por el que de nuevo se le interrogaba (2), Justiniano pasó mas adelante, estableciendo que fuera obligatorio á los testigos el declarar, á no ser en casos especiales en que podian rehusar su testimonio (3).

Oia el juez á los testigos en presencia de las partes, que tenian el derecho de interpelarlos, ó de sus abogados (4), y sus dichos se consignaban por escrito. Podian ser examinados segunda vez cuando fuera insuficiente el testimonio anterior, ó cuando no hubiera estado presente aquel contra quien deponian, segun una constitucion de Justiniano (5), el cual decidió tambien que el testimonio tomado en ausencia del contrario fuese válido, si este habia sido citado y podido comparecer, en cuyo caso no era necesario un nuevo exámen (6). No podia ser rehusado el testimonio de los testigos presentados en el juicio anterior, á no ser que se demostràse que habian sido corrompidos ó que habia sobrevenido una enemistad (7). Los herejes no eran testigos hábiles (8).

El que presentaba una escritura, cuando no se daba por satisfecho de ella el contrario, debia hacer que se *verificara*, confrontándola con otras. Las escrituras privadas no servian para comparar, á no ser que estuvieran suscritas por tres testigos, de los que dos al menos hubieran reconocido sus firmas: fuera de este caso eran necesarias actas públicas para hacer la comparacion. Los peritos debian prestar siempre juramento de la buena fé y lealtad con que procedian (9). Justiniano permitió hacer el cotejo de escrituras con documentos privados,

---

(1) Ley 14, tit. XX, lib. IV del Cód.
(2) §. 2, ley 15 del mismo título y libro.
(3) Ley 16 del mismo título y libro.
(4) Ley 19 del mismo título y libro; y capítulos 4 y 9 de la Novela 90.
(5) Cap. 3 de la misma Novela.
(6) Cap. 9 de la misma Novela.
(7) Cap. 7 de la misma Novela.
(8) Ley 21, tit. V, lib. I del Cód.
(9) Ley 20, tit. XXI, lib. IV del Cód.

siempre que estos hubieran sido presentados por la parte contraria, ó depositados en los archivos, favor que mas tarde limitó á los pleitos cuyo valor no llegaba á una libra de oro (1).

El juramento podia exigirse en cualquier estado de la causa, bien fuera por la parte ó por el juez: el que lo habia prestado podia retractarse en virtud de nuevos datos; pero despues de esta retractacion no se le admitia otra (2). Si aquel á quien se deferia el juramento no lo prestaba alegando justas causas, el juez pronunciaba la sentencia; sin embargo, podia interponer apelacion el que habia rehusado el juramento, derecho de que carecia el que sin motivo se habia negado á prestarlo (3). Ninguna innovacion se hizo respecto al juramento *in litem.*

Durante el sistema de que se trata, continúa la triple citacion del demandado que no comparece, pero no se hace ya por edictos; sino por denuncias, que se diferencian de aquellos en que no se fijan al público (4). Cuando no se presenta el demandante, es absuelto el demandado, respecto á lo cual introdujo tambien Justiniano innovaciones, estableciendo que se le citase hasta por tercera vez, y que si despues de la última citacion dejaba pasar un año sin presentarse, se pronunciara la sentencia si lo pedia el demandado, sentencia que podia serle favorable ó adversa, segun lo que resultara de la causa. Ordenó además el mismo Emperador que si el demandante se presentaba para impedir que le perjudicase el trascurso del año, y abandonase de nuevo el litigio, perdiera su derecho al espirar el mismo año (5).

La sentencia á su vez sufre modificaciones interesantes: ya no es necesaria como en el sistema formulario la condenacion pecuniaria, sino que puede tener por objeto la misma cosa demandada: ya tampoco produce novacion ni extingue *ipsô jure* la obligacion anterior, por lo que la excepcion de la cosa juzgada es en todo caso necesaria. Debè redactarse por escrito en una minuta, *ex periculô recitanda* (6), significando aqui la palabra *periculum* la tablilla ó libelo, *tabella, libellus,* en que se escribia su proyecto, pronunciarse públicamente é insertarse en un registro destinado á este fin y firmado por el juez, del cual se sacaban las copias para las partes, en cuyas copias se incluia tambien un extracto del proceso.

Desde que cesó la renovacion periódica de los magistrados, dejó

---

(1) Cap. 8 de la Nov. 73.
(2) Ley 11, tít. I, lib. IV del Cód.
(3) §. 2, ley 12 del mismo título y libro.
(4) Leyes 7 y 9, tít. XLIII, lib. VII del Cód.
(5) Cap. 3 de la Nov. 112.
(6) Leyes 2 y 3, tít. XLIV, lib. VII del Cód.

la duracion de los jueces de estar sujeta á tiempo determinado. Mas el emperador Teodosio II, siguiendo el principio general para la duracion ordinaria de los derechos, fijó la de las instancias en treinta años, término que extendió Justiniano al de cuarenta, espirados los cuales se extinguian por complete la accion y el procedimiento. Habia sin embargo algunos litigios cuya duracion era mas corta: tales eran aquellos en que se habia entablado la accion de dolo, ó la restitucíon por razon de menor edad, los cuales debian ser terminados en el mismo tiempo que se concedia para intentar la accion, ó la restitucion (1). Así sucedia tambien cuando el fisco era demandante ó demandado, en cuyo caso solo podia durar un año la instancia (2), término limitado por una constitucion de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio á dos, cuatro ó seis meses, segun habitase la parte contraria en la misma provincia, ó en otra vecina, ó en una provincia trasmarina (3).

La justicia se administraba antes de medio dia, pero no en los domingos, en la semana antes y despues de pascua, en las vacaciones, que eran un mes durante la recoleccion, y otro durante la vendimia (4), en las fiestas consagradas por la costumbre, en los aniversarios de la fundacion de Roma y de Constantinopla, y en el del nacimiento del emperador y de su advenimiento al trono, ni en el primero y último dia del año (5). Podia sin embargo hacerse la emancipacion y la manumision durante las vacaciones de la pascua (6).

Basta á mi juicio la exposicion que de los diferentes sistemas queda hecha para poder entrar con fruto en el estudio del presente título de las Instituciones, en el que es de observar que el emperador Justiniano deja á un lado todo cuanto hace relacion á los formas, limitándose á considerar las acciones como el derecho mismo de demandar. Esto aparecerá con claridad al recorrer los diversos párrafos cuya interpretacion iré exponiendo por su órden.

Superest, ut de actionibus loquamur. *Actio* autem nihil aliud *est*, quàm *jus persequendi judició, quod sibi debetur.*

Falta que hablemos de las acciones. Accion no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.

---

(1) Ley 1, tit. XV, lib. II del Código Teodosiano.
(2) Ley 4, tít. I, lib. X del mismo Código.
(3) Ley 13 del mismo título y libro.
(4) §. 1, ley 1; y leyes 4 y 5, tit. XII, lib. II del Dig.
(5) Ley 4 del mismo título y libro.
(6) Ley 8, tit. XI, lib. II del Cód.

ORIGENES.

Tomado de Celso. (Ley 51, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

Actio est.—La palabra *accion* no está aquí usada con relacion á las formas bajo que pueden ser deducidos nuestros derechos en juicio, sino bajo el aspecto de los derechos que protege; de suerte, que mas bien se halla definida con relacion al segundo objeto del derecho, esto es, como un derecho ó como una cosa incorporal que está en nuestros bienes, que con arreglo al tercero que se refiere á los medios de poder obtener en juicio lo que es nuestro ó lo que se nos debe.

Jus persequendi judició, quod sibi debetur.—Esta definicion, buena en el sistema formulario, guarda muy poca conformidad con el sistema de los juicios extraordinarios que era el vigente en tiempo de Justiniano, y el que adoptó este emperador. Está tomada de Celso, segun advierto en los orígenes, y es de creer que este jurisconsulto usaria la palabra *accion* en el fragmento que se ha conservado en el Digesto como oponiéndola á la de *peticion*, es decir, que tomaria la palabra *accion* en un sentido mas limitado que lo que lo hace Justiniano en el texto. De aquí proviene que con razon se le objeta que comprende solamente las acciones personales y no las reales, á no ser que se dé á la palabra *debetur* mas latitud de la que tiene comunmente. Maynz dice que el derecho de intentar una accion pertenece á la clase de derechos que piden como objeto una persona determinada, es decir, á las obligaciones, y que el que perjudica al derecho de otro viene á ser el deudor en la obligacion, y el que pide la reparacion toma el lugar de acreedor: en este supuesto la palabra *debetur* estaria plenamente justificada, porque comprenderia tanto las acciones reales como las personales. Excusado me parece decir, despues de lo manifestado en la introduccion de este título, que si bien la accion era durante el sistema formulario el derecho que otorgaba el magistrado para pedir ante el juez, *in judició*, lo que era nuestro ó se nos debia, esta definicion carece de exactitud en otro sistema en que estaban confundidas las atribuciones de los jueces y magistrados, en que no existia la diferencia de *jus* y *judicium*, y en que no se otorgaban por el pretor accion y jueces á los que invocaban su autoridad en reclamacion de derechos legítimos. Mas conforme seria sin duda al sistema del tiempo de Justiniano que este Emperador hubiera definido la accion: *la facultad que tenemos directamente y sin ninguna concesion especial, de acudir á los tribunales para obtener lo que es nuestro ó lo que se nos debe.* De todos modos se infiere que para que haya *accion* es siempre indispensa-

ble: 1.° que uno tenga un derecho: 2.° que este derecho sea violado por otro.

Cinco son las divisiones de acciones de que en este título trata el Emperador, nacidas de los diferentes aspectos bajo que las considera, á saber:

1.ª Acciones reales, personales y las llamadas *mixtas*.

2.ª Acciones *rei*-persecutorias y *pœnæ*-persecutorias.

3.ª Acciones que se dan para obtener el tanto, el triplo ó el cuádruplo.

4.ª Acciones de derecho estricto, de buena fé y arbitrarias.

5.ª Acciones que se dan para obtener toda la cosa ó solo una parte de ella.

1 Omnium actionum, quibus *inter aliquos apud judices* arbitrosve de quacumque re quæritur, *summa divisio in duo genera deducitur*: aut enim *in rem* sunt, *aut in personam* (*a*). Namque agit unusquisque aut cum eô, quì ei obligatus est, *vel ex contractu*, *vel ex maleficiô* (quô casu proditæ *actiones in personam* sunt, per quas intendit, adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis) (*b*); aut cum eô agit, *qui nullô jure ei obligatus est*, movet tamen alicui de aliquâ re controversiam. Quô casu proditæ actiones in rem sunt. Veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possesor dominum se esse dicat: nam si Titius suam esse in-
2 tendat, in rem actio est (*c*). Æquè *si agat*, *jus sibi esse de fundô* fortè *vel ædibus utendi fruendi*, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundô vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum, veluti si agat, jus sibi esse altiùs ædes suas tollendi prospiciendive, vel projiciendi aliquíd vel immittendi in vicini ædes. Contrà quequè de usufructu et de servitutibus prædiorum rusticorum, itèm prædiorum urbanorum invicèm quoquè proditæ

La division capital de las acciones que se emplean para litigar ante jueces ó árbitros acerca de alguna cosa, es en reales y personales (*a*). Porque ò litiga uno con aquel que le está obligado en virtud de un contrato, ó por consecuencia de un delito, ó por cualquier otra causa (en cuyo caso se otorgan al acreedor acciones personales por las cuales pretende el demandante que el contrario debe dar ó hacer alguna cosa) (*b*); ó litiga contra aquel que no le está obligado por ningun título, al que sin embargo suscita pleito acerca de una cosa: para esto se hallan establecidas las acciones reales. Así sucede en el caso de que uno poseea una cosa corporal que Ticio pretenda que es suya, y el poseedor sostenga que èl es su dueño: en tal caso Ticio, tratando de sostener que la cosa es suya, ejercita una accion real (*c*). Entabla igualmente 2
una accion real el que pretende tener el derecho de usufructo en una heredad ó en un edificio, ó la servidumbre de senda ó *acto* por la heredad ajena, ó el derecho de sacar agua de ella. Lo mismo sucede respecto á las servidumbres de predios urbanos, como si alguno sostiene que le compete el derecho de dar à su casa mayor elevacion que la

sunt actiones, ut, *si quis intendat, jus non esse adversario* utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi, itèm altiùs tollendi prospiciendi, projiciendi, immittendi, istæ quoquè actiones in rem sunt, sed negativæ (*d*). *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est*: nam *in his is agit qui non possidet*, ei verò, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget, rem actoris esse. *Sanè unô casu* qui possidet, nihilominùs actoris partes obtinet, sicùt in latioribus Digestorum libris opportuniùs apparebit.

de una altura establecida, ó que tiene el derecho de vistas que no puede impedirle el vecino con edificaciones ó plantaciones, ó el derecho de adelantar su casa sobre la heredad ajena, aunque sin descansar en ella, ó el de cargar sobre la pared del vecino. Hay tambien acciones en sentido contrario á las que se acaban de referir, respecto al usufructo y á las servidumbres de predios rústicos y urbanos, como si alguno sostiene que su contrario no tiene el derecho de usufructo, ó las servidumbres de senda, *acto*, acueducto, de dar mayor elevacion á su casa, de tener despejadas las vistas, de adelantar su edificio sobre la propiedad del vecino, ó de cargar sobre la pared de este; acciones que son reales y negativas (*d*). Esta clase de acciones no existe en las controversias acerca de la propiedad de las cosas corporales, porque en estas el demandante no posee, y el poseedor no tiene accion para pretender que la cosa litigiosa no pertenece al demandante. Solo existe un caso en que aquel que posee tiene sin embargo el carácter de actor, como podrá verse mas de propósito en los extensos libros del Digesto.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 1, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 2 del mismo Comentario.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 25, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§. 3, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Inter aliquos apud judices.—Aqui están claramente designadas las tres personas necesarias para constituir el juicio: el demandante, el demandado y el juez.

Summa divisio in duo genera deducitur.—La division capital de las acciones se establece aqui segun la causa de que provienen. Esta division, que Justiniano pone como capital, *summa*, habia sido consi-

derada del mismo modo por Cayo (1) durante el sistema formulario. Mas adelante se verá (2), que segun algunos, tiene otro miembro esta division, á saber, el de acciones mixtas, además de las reales y personales.

In rem, aut in personam.—Esta division de las acciones se funda en que unas provienen de un derecho *en* la cosa y otras de un derecho *á* la cosa; division que, como está en la esencia de las cosas, se presenta siempre en todos los paises, sino bajo la misma nomenclatura, con los mismos efectos al menos, y que en Roma tuvo lugar así durante el sistema de las acciones de ley, como durante el formulario y el de los juicios extraordinarios. En efecto, la causa de que dimana la accion, ó es un derecho absoluto, un derecho real fundado en la relacion permanente entre una persona y una cosa, ó dimana de una obligacion, esto es, de un derecho relativo á la persona que nos está obligada á dar ó hacer alguna cosa.

Vel ex contractu, vel ex maleficiô.—Implícitamente bajo las palabras *contrato* y *maleficio* se comprenden tambien los cuasi-contratos y cuasi-delitos, á no ser que se quiera aplicarles las palabras *aliis quibusdam modis.*

Actionis in personam.—El carácter esencial de la accion personal, llamada tambien *condictio*, es que se intente contra una persona determinada en virtud de la obligacion que le liga al que demanda. Esta accion subsiste mientras que el obligado, ó bien por la solucion ó por cualquier otro medio legítimo, no se liberta del vínculo que lo liga y que es eficaz para él y para los que despues vienen á reemplazarlo. Así puede decirse que la accion personal es *la que nos compete para compeler al que nos está obligado á dar ó hacer alguna cosa, á que cumpla con la obligacion.*

Qui nullô jure ei obligatus est.—Las acciones reales, como que dimanan del derecho *in re*, no suponen clase alguna de relacion entre dos personas, y sí solo entre una persona y una cosa: el que las entabla, solo se dirige contra el poseedor en concepto de tal, no en virtud de ninguna otra relacion que exista entre ellos. No por esto puede decirse, como algunos han supuesto queriéndose fundar en la autoridad de Ulpiano (3), que accion real es aquella que se da siempre contra el poseedor y que sigue á la cosa, cualesquiera que sean las manos en que se halle. Prescindiendo de que es mal modo de definir fijarse en un efecto secundario en vez de buscar la esencia en el carácter principal del objeto definido, se observa que la citada regla no

(1) §. 1, Com. IV de sus Inst.
(2) En el §. 20 de este mismo título.
(3) §. inicial, ley 25, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

siempre es cierta, porque hay algunas acciones personales, como son la *ad exhibendum* (1) y las noxales (2), que siguen al poseedor de la cosa, sea quien quiera; y por el contrario, la accion real se da á veces contra el que no posee, y en ciertos casos exige en el que posee otras circunstancias mas que la de ser poseedor, como se verifica en la accion Pauliana. Para fijar la verdadera definicion de la accion real es menester acudir á la fuente de que se deriva, esto es, al derecho en la cosa. Así es que puede ser definida: *la accion por la que el demandante, sin relacion ninguna á la persona á quien demanda, reclama una cosa corporal ó vindica un derecho real que le compete sobre una cosa ajena.* De aquí se infiere que la accion real, como que dimana de relaciones permanentes que el derecho consagra, con abstraccion de las personas, se da por regla general contra el poseedor considerado como tal, si bien en algunas ocasiones tiene tambien lugar contra el que no posee, porque el derecho le reputa por poseedor. La accion real cuando se considera con relacion á la propiedad, se llama reivindicacion, *rei vindicatio*; cuando tiene por objeto el patrimonio universal de uno que ha finado, *universum jus defuncti*, se denomina *peticion de la herencia*, y cuando se refiere á la desmembracion de la propiedad por efecto de una servidumbre, se llama *confesoria ó negatoria.*

Reivindicacion ó *accion reivindicatoria* es *la que compete al dueño de una casa contra el que la posee* ó *es considerado por el derecho como poseedor, para que este la entregue con sus frutos y accesiones.* Conviene examinar aquí algunos puntos relativos á la reivindicacion. El que la entabla debe ante todas cosas probar que es el verdadero dueño de la cosa litigiosa, ó que lo era al menos al contestarse la demanda, tiempo al cual ha de atenerse el juez para apreciar la justicia ó injusticia de las respectivas pretensiones de los litigantes, y con arreglo á esto condenar ó absolver al demandado (3). Cuando el demandante necesita, á fin de probar el dominio, buscar los actos de otras personas que en él le han precedido, suele tropezar con dificultades, y para evitarlas tiene que invocar en su auxilio la prescripcion ó la accion Publiciana, de que mas adelante se hablará, ó los interdictos posesorios en virtud de los cuales obtiene la posesion, en cuyo caso viniendo á tener el carácter de demandado, rechaza sobre su contrario la obligacion de probar.

Queda dicho que la reivindicacion debe entablarse por regla gene-

---

(1) §. 15, ley 3, tit. IV, lib. X del Dig.
(2) §. 5, tit. IV de este mismo libro IV.
(3) Ley 23, tit. I, lib. V del Dig.

ral contra el que posee la cosa: ahora debo añadir que no es necesario que este posea en concepto de señor, ni que posea en su nombre propio, sino que basta que por detentar materialmente la cosa litigiosa, tenga posibilidad de restituirla (1). Por esto el que es demandado en juicio y posee en nombre de otro, debe manifestar quién es el verdadero poseedor de la cosa para que contra él se dirija la accion, á lo que se llama *auctoris laudatio*, *domini laudatio:* y si no lo hace, queda obligado como poseedor fingido que se ofrece al pleito (2). Lugar es este de explicar lo que indiqué anteriormente acerca de que la accion real se da en algunas ocasiones contra el que no posee. Es regla enunciada antes de ahora que el dolo hace que se considere como poseedor al que realmente no lo es: por esto Paulo dice lacónicamente: *pro possessione dolus est*, adagio á que Justiniano dió lugar entre las reglas de derecho (3). En virtud de esto, cuando el que no posee, demandado por la reivindicacion, calla y con su silencio hace creer á su contrario que es el verdadero poseedor de la cosa, debe ser condenado en el caso de que obre de buena fé el demandante, pero no si obrase de mala (4), porque entoncés compensándose el dolo de uno con el de otro, conserva cada cual la posicion que ordinariamente le corresponde: así tambien acontece con el que poseyendo al tiempo de la contestacion á la demanda, ha dejado de poseer dolosamente (5). Pero conveniente es advertir que en los casos en que el derecho supone ó finge que posee por razon de dolo el que realmente no posee, puede decirse que mas que una accion real hay otra personal nacida de un hecho reprobado por la ley, y que obliga al que lo perpetró á responder, no de la misma cosa que no puede dar cuando ó no ha estado nunca, ó ha dejado de estar ya en su poder, sino de la estimacion y de los perjuicios que ha ocasionado por su mala fé á aquel con quien litiga, lo que debe regularse atendido el juramento que este haga (6). Como que en semejantes casos el demandante ha obtenido la estimacion de la cosa en concepto de una pena impuesta al demandado por su mala fé, queda aun despues de la condenacion de este en aptitud de reclamar la cosa de aquel que verdaderamente la posee (7): por el contrario, si ha sido ya condenado el verdadero poseedor, en vano entablará su accion contra el que solo lo es por suposicion de la ley. Mas en ningun caso

(1) §. inicial, ley 9, tit. I, lib. VI del Dig.
(2) Ley 25; §. inicial, ley 27, tit. I, lib. VI del Dig.; y ley 2, tit. XIX, lib. II del Cód.
(3) Ley 131, tit. XVII, lib. L del Dig.
(4) Ley 45, tit. III, lib. V; y leyes 25 y 26, tit. I, lib. VI del Dig.
(5) §. 3, ley 27, tit. I, lib. VI; y ley 131, tit. XVII, lib. L del Dig.
(6) Leyes 68, 69, 70 y 71; tit. I, lib. VI del Dig.
(7) §. 14, ley 13, tit. III, lib. V; ley 7, tit. I, lib. VI; y §. 9, ley 95, tit. II, lib. XLVI del Dig.

podrá exigir este despues de condenado que le ceda el demandante su accion contra el que realmente está en posesion de la cosa, que ó falsamente dijo ó aparentó que poseia, ó que dejó dolosamente de poseer.

Las leyes á veces conceden una reivindicacion útil á los que no son dueños de la cosa, pero que han contribuido eficazmente á su adquisicion, y que por circunstancias particulares merecen una proteccion especial. Así sucede en el caso de que el dinero de los que militan (1), ó de los que están en tutela ó curaduría (2), se invierta en la adquisicion de cosas para otros que lo recibieron en préstamo, sin que por esto se entienda que se niegue al adquirente la reivindicacion directa, la cual debe ceder su lugar á la útil si se presentan en concurrencia.

Al definir la reivindicacion expresé que su objeto era que se restituyera la cosa con sus frutos y accesiones, *cum omni causâ,* segun decian lo romanos. *Omnis causâ* significa en este lugar las ventajas que tendria el demandante si al tiempo de la contestacion á la demanda, y sin entrar en litigio, se le hubiera entregado la cosa demandada. Corresponde, por lo tanto, decir aquí lo mas interesante respecto á la restitucion de frutos. La contestacion á la demanda induce la mala fé, es decir, que se supone que desde ella el poseedor que es vencido en juicio ha tenido motivos justos y fundados para haber dudado de su legítimo derecho, si es que antes abrigaba el convencimiento de ser verdadero dueño de la cosa disputada. Por esto debe restituir los frutos percibidos desde entonces, del mismo modo que los que ha dejado de percibir por descuido ó negligencia, si bien no los que hubiera podido sacar el demandante de la cosa por su mayor disposicion ó capacidad para administrarla. Los frutos anteriores á la contestacion á la demanda, en tanto pueden ser comprendidos en la sentencia, en cuanto el demandante los hubiere expresamente pedido (3): en este caso el poseedor de mala fé debe restituirlos todos, bien se hallen existentes, bien hayan sido consumidos, y aun los que el dueño de la cosa hubiera podido sacar (4); mas el poseedor de buena fé en tanto debe restituirlos, en cuanto no los haya consumido ó prescrito. Nada debo añadir, porque en otro lugar he expuesto ya cuanto era conveniente acerca de este punto (5).

Respecto á los gastos que el demandado hubiere hecho en la cosa,

---

(1) Ley 8, tit. XXXII, lib. III del Cód.
(2) Ley 2, tit. IX, lib. XXVI del Dig.
(3) §. 1, ley 33, tit. I, lib. VI; y §. 6, ley 25, tit. I, lib. XXI del Dig.
(4) §. 1, ley 62, tit. I, lib. VI del Dig.
(5) Al comentar el §. 35 del tit. I, lib. II de estas Inst.

debe distinguirse tambien entre el poseedor de buena y mala fé, y entre los gastos necesarios, útiles y voluntarios ó *voluptarios*, por ser solo de placer. Tres reglas pueden fijarse en este punto: 1.ª Tanto el poseedor de buena fé como el que lo es de mala (1), á excepcion solamente del ladron (2), deben ser reembolsados de los gastos necesarios. 2.ª El poseedor de buena fé tiene derecho á exigir el reembolso de los gastos útiles; el de mala fé solo tiene el de sacarlos sin perjudicar al dueño, ó conservar el provecho que hayan producido. 3.ª No tiene obligacion el dueño de reembolsar los gastos voluntarios, hayan sido hechos por el poseedor de buena ó por el de mala fé, si bien tanto uno como otro podrán sacarlos con tal que no causen daño á la cosa principal (3); pero para sacar las impensas voluntarias no se les concede una excepcion, sino solo el derecho de retencion.

Si agat, jus sibi esse de fundô vel ædibus utendi fruendi.—Las servidumbres, bien sean reales ó personales, como derechos *en* la cosa, producen siempre acciones reales. Desmembraciones de la propiedad, son protegidas por las leyes del mismo modo que la propiedad misma. Pero para reivindicar la propiedad, el que demanda se presenta siempre pidiendo como suya la cosa cuya posesion tiene otro: el que posee no reivindica, pues le basta para ser conservado en su derecho el auxilio de los interdictos de que hablaré mas adelante. No sucede así con las servidumbres, porque como son solo desmembracion del derecho de propiedad, pueden las diferentes partes de esta corresponder á personas diferentes. De aquí dimana que al paso que respecto á la propiedad absoluta no hay mas que una accion real, que es la *rei vindicatio,* haya dos acciones diferentes respecto á las servidumbres: una la que se da al que pretende tener servidumbre sobre la cosa que otro posee, y otra la que se da al que siendo poseedor y propietario de una heredad en la cual otro ejerce un derecho de servidumbre, pretende que esta cese por no estar legítimamente introducida. Este es el orígen de las acciones *confesoria* y *negatoria* ó *negativa* de que paso á tratar.

Siguiendo el método del texto comenzaré por la accion confesoria. Esta es *la que se da á aquel que pretende tener una servidumbre personal ó predial sobre la propiedad ajena, contra el dueño de esta ó el que la posee, para que le dejen espedito el ejercicio de su derecho, y le indemnicen de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado,*

---

(1) Ley 5, tit. XXXII, lib. III del Cód.
(2) Ley 13, tit. I, lib. XIII del Dig.; y ley 1, tit. LII, lib. III del Cód.
(3) §. 5, ley 27; leyes 37 y 38, tit. I, lib. VI; ley 9, tit. I, lib. XXV del Dig.; y ley 5, titulo XXXII, lib. V del Cód.

De modo que puede decirse que la accion *confesoria* es una verdadera reinvindicacion de la servidumbre.

Si quis intendat, jus non esse adversario.—Esta es la accion *negatoria*, que tiene por objeto hacer que la heredad sea declarada libre de una servidumbre. Puede ser definida, *la accion por la que el propietario de una heredad pretende que esta se halla libre de una servidumbre, bien real ó bien personal, que otro quiere ejercer sobre ella, y obtener la indemnizacion de daños y perjuicios que este le haya ocasionado.* Salta desde luego á la vista que la accion *negatoria* es en realidad una verdadera reivindicacion, de la que solo puede decirse que se diferencia en que se da, no contra el atentado general á la propiedad de la cosa, sino contra el parcial, puesto que la usurpacion de la servidumbre viene á menoscabar en parte la propiedad. Advierte oportunamente la *Paráfrasis* de Teófilo, que en la accion *negatoria* la fórmula, aunque esté concebida con palabras negativas, contiene una verdadera afirmacion, á lo que debo añadir que tanto la accion *confesoria* como la *negatoria* pueden concebirse con palabras afirmativas ó negativas (1).

Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est.—La razon de esto es clara. Respecto de las cosas corporales nada se adelantaria con sostener que otro no era dueño de la cosa que pacíficamente poseia el demandante, á lo que se agrega que el que niega que una cosa pertenece á persona determinada aunque lo pruebe, no por esto justifica que á él corresponde su dominio; mas en la accion *negatoria* no sucede así, pues el que por ella sostiene que la heredad no está sujeta á servidumbre real ó personal, implícitamente defiende su derecho, porque afirma que lo que posee, no está sujeto á la desmembracion del dominio que en su daño pretende otro.

In his is agit, qui non possidet.—El poseedor de una cosa corporal no puede reivindicarla: bástanle los interdictos para sostener su posesion; mas esto no es aplicable á las servidumbres, porque aunque la cuasi-posesion hace en estas los efectos de posesion, sin embargo, no puede negarse que el uso de uno y la paciencia de otro no da tanta seguridad á aquel á cuyo favor está constituida la servidumbre, como la verdadera posesion al que es dueño de la cosa.

Sanè unô casu.—Mucho se afanan los intérpretes para dar explicacion á estas palabras de Justiniano, buscando diligentemente el caso á que aquí ha querido referirse: algunos, á cuyo frente está Doneau, quieren cambiar la lectura del texto sustituyendo *sanè non unô casu.* Paréceme lo mas sencillo decir que el caso de que habla el texto es

---

(1) §. 7, ley 4, tit. V, lib. VIII del Dig.

la misma accion *negatoria* de que antes ha hablado, porque en ella únicamente se verifica que el que posee pueda tener el carácter de actor.

3 Sed istæ quidèm actiones, quarum mentionem habuimus, et si quæ sunt similes, ex legitimis et civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, *quas prætor ex suâ jurisdictione* comparatas habet, tàm in rem, quàm in personam (*a*), quas et ipsas necessarium est exemplis ostendere. *Eccè* plerumque ità permittit in rem agere, ut vel actor diceret, se quasi usu cepisse, quod usu non ceperit, vel ex diversô *possesor diceret*, adversarium suum usu non cepisse, quod usu ceperit.

Las acciones de que acabamos de hablar y otras semejantes, traen su orígen de las leyes y del derecho civil. Hay otras, tanto reales como personales, que el pretor ha introducido en virtud de su jurisdiccion (*a*), y que es necesario hacer conocer por medio de ejemplos. Asi concede frecuentemente una accion real, permitiendo presentar como cumplida la usucapion que realmente lo está, y por la inversa, suponiendo que el contrario no ha adquirido por medio de la usucapion lo que en rigor ha adquirido. 3

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 25, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

Quas prætor ex suâ jurisdictione.—Preséntase aquí, como en tantas otras partes, la distincion entre el derecho civil y el pretorio, tan fecunda en consecuencias. Y con razon, porque en vano hubiera sido que el pretor concediese derechos por los medios indirectos de que en otras ocasiones hemos hablado, si al mismo tiempo no diera otros medios para hacerlos eficaces.

Eccè.—Alude aquí el Emperador á las acciones *Publiciana* y *rescisoria* de que trata en los párrafos siguientes.

Possessor diceret.—La palabra *possessor* está aquí usada con impropiedad, porque no se concede la accion rescisoria, que es la de que se habla, al poseedor: asi es que no debe referirse al que posee actualmente, sino al que ha poseido antes.

4 Namque si cui ex juxtâ causâ res aliqua tradita fuerit (veluti ex causâ emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum), necdùm ejus rei dominus effectus est, si ejus rei casu possessionem amiserit, ***nullam habet directam in rem actionem*** ad eam rem persequendam: quippe ità proditæ sunt jure civili actiones, ut

En efecto, aquel á quien se ha entregado alguna cosa en virtud de causa justa (como por razon de venta, de donacion, de dote ó de legados), y antes de haber adquirido el dominio de aquella cosa pierde por accidente su posesion, no tiene ninguna accion real directa para reivindicarla, porque las acciones que el 4

quis dominium suum vindicet. *Sed quià* sanè *durum erat*, eô casu deficere actionem, inventa est à prætore actio, *in quâ dicit is, qui possessionem amisit*, eam rem se usu cepisse, et ità vindicat, suam esse. Quæ actio Publiciana apellatur, quoniam primùm *à Publiciô prætore* in edictô proposita est.

derecho civil da para reivindicar, solo se conceden al propietario. Mas como era duro que en este caso no hubiese accion, el pretor inventó una en la que aquel que ha perdido la posesion de la cosa dice que la ha adquirido por usucapion, y por consiguiente la reivindica como suya. Esta accion se llama *Publiciana*, porque la primera vez fué comprendida en el edicto por el pretor Publicio.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 36, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Nullam hacet directam in rem actionem.—El que entabla la reivindicacion debe probar que en él concurren todas las condiciones necesarias para constituir el dominio: si no lo prueba ó si la prueba que hace, es imperfecta, su contrario será absuelto aun en el caso de que nada aduzca en su favor (1), porque es regla general que cuando el actor no prueba, debe ser absuelto el demandado.

Sed quia durum erat.—La dureza de esta falta de accion aparece desde luego. Nada mas justo que quien puede demostrar que ha adquirido una cosa por los medios que las leyes establecen, y que tiene un título hábil y los demás requisitos que el derecho requiere para prescribir, pero que no ha completado el tiempo de la prescripcion, sea preferido al que carece de todo título, ó que tiene uno mas débil.

In quâ dicit is, qui possessionem amisit.—El pretor introdujo la accion Publiciana estableciendo la ficcion de que habia cumplido el tiempo de la prescripcion aquel que solo la habia comenzado, y aun aquel que no la habia comenzado en los casos, de que he hablado en otro lugar, en que podia adquirirse el dominio sin posesion: esto último sucede respecto de aquel á quien habiéndose restituido la herencia en virtud del senado-consulto Trebeliano, no ha tomado aun posesion de las cosas hereditarias (2).

Lo que se concede al que no es dueño y sí solo poseedor de buena fé, no debe negarse al dueño que por la dificultad de probar el dominio prefiere valerse del remedio pretorio de que en este texto se habla, á entablar la reivindicacion.

(1) Ley 28, tit. XXXII lib. III del Cód.
(2) §. 1, ley 12, tit. II, lib. VI del Dig.

Pero no debe la ficcion de la accion Publiciana convertirse en daño de la verdad y la justicia: así es que no tiene fuerza contra el verdadero dueño de la cosa. Tampoco vale contra el poseedor que del mismo modo que el demandante tiene buena fé y justo título, respecto del cual rige el principio: *in pari causâ melior est conditio possidentis* (1). Exceptúase, sin embargo, de esta regla, el caso en que quien posee la cosa y el que la pretende la hayan obtenido de una misma persona, porque entonces el que no posee, es preferido al que posee, si antes que él obtuvo la posesion (2).

Fundándose la accion Publiciana en una prescripcion fingida, es claro que no puede tener lugar cuando las cosas que se quieren reclamar no son capaces de prescripcion verdadera, y por lo tanto ni en las ocupadas por violencia, ni en las furtivas, ni en las que por privilegio del dueño hace la ley imprescriptibles (3).

De lo dicho se infiere que puede definirse la accion Publiciana en estos términos: *la accion que se da á aquel que perdió la posesion de la cosa cuando la estaba prescribiendo, y aun la que no habia comenzado á prescribir en los casos en que puede adquirirse la propiedad sin posesion, contra el que la posee sin ningun título ó con uno menos eficaz, para que se la devuelva con todos sus frutos y accesiones.*

A Publiciô prætore.—De creer es que este fué el Q. Publicio que obtuvo la pretura en tiempo de Ciceron, quien habla de él en una de sus oraciones.

5 *Rursus ex diversô, si quis, cùm reipublicæ causâ abesset*, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usu ceperit, *permittitur domino*, si possesor reipublicæ causâ abesse desierit, tunc *intra annum, rescissâ usucapione*, eam petere, id est ità petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam esse rem (*a*). Quod genus actionis *quibusdam et aliis*, simili æquitate motus, prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet (*b*).

En sentido inverso, si alguno estando ausente por causa de la república ó en poder de los enemigos adquiriere por medio de la usucapion la cosa que perteneciere al que permanece en la ciudad, puede el dueño, dentro del año de la vuelta de aquel que ha adquirido por usucapion, reivindicar la cosa rescindiendo la usucapion, diciendo que esta no ha tenido lugar, y por lo tanto que la cosa ha permanecido siendo suya (*a*). El pretor, movido por razones semejantes de equidad, extendió esta accion á algunos otros casos, como puede verse en los mas extensos libros del Digesto ó las Pandectas (*b*). 5

(1) Leyes 16 y 17, tit. II, lib. VI del Dig.
(2) §. 4, ley 9 del mismo titulo y libro.
(3) §. 5 de la misma ley, titulo y libro.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo (§. inic., ley 35, tít. VII, lib. XLIV, y con Ulpiano §. 1, ley 1, tít. VI, lib. IV del Dig.)

(*b*) Alude aquí el Emperador á fragmentos de Calistrato y Ulpiano (insertos en las leyes 2, 11, 13, 14 y 15, tít. V, lib. VI del Dig.), y á las leyes que conceden á los menores el beneficio de la restitucion.

Comentario.

Rursùs ex diversô.—En el párrafo que antecede se ha visto que la equidad del pretor fingia una usucapion que realmente no se habia verificado, y que á la sombra de esta ficcion el poseedor de buena fé tenia una accion real de que de otro modo hubiera carecido. El presente texto, por el contrario, trata de otra ficcion pretoria, en la cual se supone que no ha trascurrido todavía el tiempo de la usucapion ya finalizado, para dar al antiguo propietario una accion real que no tenia desde el momento en que perdió el dominio de la cosa. Las leyes (1) dan tambien á la accion otorgada para rescindir la usucapion el nombre de *Publiciana*, sin duda por haber debido su orígen al mismo pretor Publicio, que fué el que introdujo la de que se ha hablado en el texto que precede. Los intérpretes han añadido al nombre de *Publiciana* la calificacion de *rescisoria*, para distinguirla de la otra Publiciana, si bien los textos relativos á esta materia hablan solo de una accion dada despues de haberse rescindido el acontecimiento que la habia destruido, *rescissâ usucapione*.

Si quis, cùm reipublicæ causâ abesset.—Dos casos diferentes pueden presentarse de la accion de que en este lugar se trata: uno cuando los bienes del propietario ausente son adquiridos á beneficio de la usucapion por el que permaneció en la ciudad: otro cuando un individuo ausente adquiere por usucapion la cosa que antes habia empezado á poseer. El emperador Justiniano en el texto que precede, omite del todo el primero de estos casos, y se limita á hablar del segundo; cosa singular en verdad, si se atiende á que en virtud de sus reformas legislativas la accion Publiciana rescisoria habia venido á ser inútil en el caso que menciona, como expondré en este comentario, al mismo tiempo que seguia siendo eficaz en el caso que omite. Trataré con separacion, si bien ligeramente, de cada uno de estos casos.

Habia lugar á la rescision de la usucapion cumplida en daño de ausente, en el caso de que este hubiera tenido justa causa para la ausencia. Estimábanse como justas causas el miedo fundado, el servicio público, el estar en prisiones, en esclavitud, ó en poder de enemigos,

---

(1) Ley 57, tít. I, lib. XVII; y ley 35, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

de ladrones ó piratas (1) y otras semejantes. Esta restitucion *in integrum*, porque como tal debe considerarse la accion rescisoria, fué introducida por el pretor, tomando sin duda en cuenta el corto tiempo que antiguamente se necesitaba para completar la usucapion, y la imposibilidad que tenia de interrumpirla y de defender sus derechos aquel á quien concedia el beneficio. Debo advertir que en este lugar he usado de la palabra *ausente* en un sentido lato, comprendiendo, como lo hacen á veces las leyes, no solo al que está en otro lugar, sino tambien á aquel que no estando ausente en realidad, se halla impedido de presentarse á interrumpir la usucapion que en su daño se completa.

El segundo caso, que es el mencionado en el texto se refiere á la usucapion completada por un ausente que habia comenzado á poseer la cosa antes de ausentarse. Fundábase esto en que la ausencia del que habia comenzado la usucapion, podia ser la causa de que el dueño no tuviera medio de interrumpir la posesion, porque con arreglo á los principios rigurosos del derecho civil, para interrumpir la usucapion se requeria que el dueño de la cosa la reivindicase y volviera así á poseerla, y era fácil que en el caso de estar ausente la persona á quien necesitaba demandar no habiendo otra que la representara, se viera privado el dueño de poder entablar oportunamente la accion que le competia. El pretor venia en su auxilio considerando como no completa la usucapion que realmente lo habia sido. Este remedio perdió toda su utilidad en el imperio de Justiniano, que dió medios fáciles y sencillos á los dueños para interrumpir la prescripcion de los ausentes, ó de los que se ocultaban ó se hacian inaccesibles. Consistian estos medios en protestar el dueño por comparecencia ó por escrito ante el magistrado; si esto no era posible, protestar por escrito ante el obispo ó el defensor de la ciudad, y en la ausencia de estos ante notarios, y en defecto de todos con la suscricion de tres testigos (2). Aunque el texto habla de una ausencia motivada al referirse á este segundo caso, único que expresa, es claro que con mayor razon debe entenderse del que voluntariamente se ausentaba, del que se ocultaba, ó del que por cualquier otra circunstancia no podia ser demandado por el dueño; porque el dolo ó la ausencia voluntaria del que así adquiriera la cosa por usucapion, no habian de merecer mayor favor que la ausencia necesaria del que por causa del servicio público ó por estar impedido de comparecer por otras circunstancias, no daba á su adversario posibilidad de demandarle.

Permittitur domino.—No se refiere aquí el texto al dueño pre-

(1) §. 1, ley 1; §. 1, ley 2; y leyes 9, 14 y 15, tít. VI lib. IV, del Dig.
(2) Ley 2, tít. XL, lib. VII del Cód.

sente, que es el que ha adquirido la cosa por usucapion, sino al dueño antiguo, al que sin duda da el nombre de *dueño*, porque si bien atendido el rigor del derecho civil habia perdido el dominio, la equidad del pretor, por consecuencia de la accion Publiciana rescisoria, le restituia *in integrum*.

Intra annum, rescissâ usucapione.—La accion Publiciana rescisoria solo duraba un año, límite que le fijó el pretor, atendiendo á que destruia los efectos que el derecho civil asignaba á la usucapion, lo que no sucedia con la otra accion Publiciana que era perpétua, porque imitaba al derecho civil suponiendo la usucapion (1). El año concedido para la accion rescisoria comenzaba á correr desde el dia en que habia cesado el obstáculo que tenia el dueño para interrumpir la posesion de su contrario (2): era útil, mas el Emperador Constantino en ciertos casos de restitucion sustituyó términos contínuos (3), pero Justiniano estableció una regla general para todo el imperio y en toda clase de restituciones, señalando cuatro años contínuos en lugar del año útil que antes se concedia (4).

Quibusdam et aliis.—Aluden estas palabras á otros casos de restitucion que pueden tambien tener lugar por medio de una accion rescisoria. A esta clase pertenecen, entre otras, las restituciones *in integrum* concedidas al menor de veinticinco años que ha sufrido lesion por consecuencia de la enajenacion de una cosa, ó al que siendo mayor de edad y cediendo á un temor fundado, ha consentido en la enajenacion que le perjudica (5).

Puede despues de todo lo dicho definirse la accion Publiciana rescisoria de tiempo de Justiniano: *la que se otorgaba al antiguo dueño de una cosa para rescindir la usucapion que en su ausencia legítima habia completado otro.*

6 Itèm *si quis in fraudem creditorum* rem suam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus ex sententiâ præsidis possessis, permittitur ipsis creditoribus, rescissà traditione, eam rem petere, id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.

Asimismo si alguno entregare cosa suya á otro en fraude de sus acreedores, estos, despues de haber sido puestos en posesion de los bienes de su deudor, por sentencia del magistrado pueden hacer que se rescindan los efectos de la tradicion y reivindicar la cosa, esto es, decir que la cosa no ha sido entregada y que ha permanecido por lo tanto en los bienes del deudor. 6

(1) Ley 35, tit. VII, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 1, ley 1, tit. VI, lib. IV del Dig.; y ley 3, tit. XXI, lib. II del Cód.
(3) Ley 2, tit. XVI, lib. II del Cód. Teodosiano.
(4) Ley 7, tit. LIII, lib. II del Cód. de Just.
(5) §. 4, ley 9, tit. II; y §. 4, ley 13, tit. IV, lib. IV del Dig.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. VIII, lib. XLII del Dig.)

Comentario.

Si quis in fraudem creditorum.—La accion de que en este párrafo habla el Emperador es llamada por todos *accion Pauliana*, denominacion que le dió Teófilo en su *Paráfrasis*, y que no creo haya tenido otro apoyo que el de la autoridad de tan distinguido jurisconsulto. Antes de entrar á examinar la confusion que hay en el derecho respecto á la accion Pauliana, y á hacer alguna indicacion de las disputas que agitan los intérpretes acerca de si es real ó personal, explicaré la genuina inteligencia del texto, prescindiendo por un momento de la cuestion que reservo para dar fin á este comentario.

La ley Elia Sencia habia declarado nulas las manumisiones que se hacian en fraude de los acreedores, y no las rescindia, porque, como queda dicho en otro lugar (1), necesitaba ser consecuente con el principio de que la libertad una vez dada no podia revocarse. Pero no habia ninguna ley que declarase nulas, ó que anulase al menos, las demás enajenaciones hechas en fraude de los acreedores, aun en el caso de que la intencion de perjudicarlos y el perjuicio estuvieran bien á las claras. Sin embargo, la equidad dictaba no dejar abierta esta puerta á la mala fé, y los derechos respetables de los acreedores exigian que con mano fuerte se pusiera un remedio eficaz á mal de tanta trascendencia. Movido de estas consideraciones el pretor dió un medio para rescindir las enajenaciones así hechas: al efecto, era necesario que los acreedores obtuvieran la posesion de los bienes del deudor por determinacion del magistrado *bonis ejus à creditoribus ex sententiâ præsidis possessis*, como dice el texto, y que despojado así el deudor de la administracion de sus bienes, y encargados de ella los acreedores, ó el *magister bonorum* nombrado por los mismos, acudieran aquellos ó este al pretor para que rescindiera la enajenacion hecha en su daño, *rescissâ traditione*, y les diera la reivindicacion contra cualquier poseedor, suponiéndose al efecto que no habian sido enajenados. De lo dicho se infiere que la accion de que aquí se habla es una accion real, porque además de estar colocada por Justiniano entre las acciones pretorias reales, el texto que precede lo dice con repeticion en las palabras: *eam rem petere id est dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse*, lo

---

(1) En el comentario al §. inicial, tít. VI, lib. I.

confirma aun de un modo mas positivo Teófilo en su *Paráfrasis*, y se acaba de probar por los efectos, puesto que independientemente del deudor que hizo el fraude y del que fué su cómplice, la accion se dirige contra el que posee la cosa enajenada.

Debe, sin embargo, reconocerse que la accion de que en el presente texto se trata, no es la misma accion Pauliana de que habla el Digesto; esta última es una accion personal que se da contra el deudor, sus cómplices y herederos (1), aunque no posean (2), y contra los que ignorando el fraude hayan recibido del deudor algunos bienes á título gratuito, si bien entonces la accion no se extenderá mas que á la parte en que mejoren su condicion (3), pero no contra los que han recibido de buena fé la cosa por título oneroso.

De esta diversidad dimana que muchos intérpretes, partiendo del supuesto de que el texto que comento, habla de la accion Pauliana, y de que solo hay una accion Pauliana, disputen si es real ó personal. En su hipótesis no puede desconocerse que el Digesto viene en apoyo de los que sostienen que es accion personal, y estos son la mayor parte, al paso que las Instituciones dicen de un modo terminante que es accion real, y le atribuyen los efectos que tienen las de su clase. Apartándose algunos, y entre ellos Oton, Ortolan y Etienne, de una y otra opinion, adoptan una tercera, á saber: que hay dos acciones Paulianas, una real y otra personal, refiriéndose las Instituciones á la primera y el Digesto á la segunda: que la accion Pauliana real solo se aplica al caso de enajenacion, y que es una reivindicacion por medio de la que se reclaman las cosas enajenadas fraudulentamente de cualquier persona en cuyo poder se hallen; y que la accion Pauliana personal, resultado del delito que comete el que con dañada intencion y con efecto defrauda á sus acreedores, es aplicable á toda clase de actos, y tiene lugar contra las personas que antes mencioné. No puede negarse que esta explicacion es ingeniosa, y que revela sagacidad y talento en el que la inventó; pero es muy de extrañar la singularidad de que en el Digesto solo hable de la accion Pauliana personal y omita del todo la real, y que las Instituciones, por el contrario, hablen exclusivamente de la real omitiendo del todo la personal. Bonjean se inclina á creer que Justiniano ó sus predecesores trasformarian para ciertos casos en accion real la que los antiguos jurisconsultos consideraron solo como personal. Aunque poco amigo de emitir opiniones nuevas, cuando no veo á mi lado autoridades respetables

(1) Ley 9; §§. 2 y 25, ley 10; ley 14; y §. inicial, ley 25, tít. VIII, lib. XLII del Dig.
(2) Ley 9 del mismo título y libro.
(3) §. 11, ley 6 del mismo título y libro.

indicaré, sin embargo, que siendo la *Paráfrasis* de Teófilo el único lugar en que se dice que la accion, de que aquí se habla, se llama Pauliana, cosa que ni en el texto de Justiniano se expresa, ni es conforme con lo que de la accion Pauliana enseña el Digesto, puede suceder muy bien que un descuido de Teófilo, extendiendo el nombre de accion Pauliana á la que no lo tenia, haya sido la causa de estas dificultades, pues si bien es innegable la diligencia y exactitud con que escribió este jurisconsulto, *quandoquè bonus dormitat Homerus*. Sea de esto lo que quiera, llámese, ó no, Pauliana la accion de que habla el texto que comento, siempre resultará que se diferencia de la accion Pauliana de que trata el Digesto en que es real y no personal, en que se refiere únicamente á las enajenaciones, al paso que por la otra no solo pueden revocarse estas, sino todos los demás actos como las aceptilaciones, contratos y pactos para libertar á deudores, y por último, cuantas obligaciones sean en verdadero perjuicio de la masa de acreedores (1). Mas tanto para entablar una como otra accion, se requiere no solo la intencion de defraudar á los acreedores, *animus fraudandi*, sino tambien que haya tenido éxito el mal propósito: *eventus*, ó como suele decirse, que haya habido *afecto* y *efecto* de fraude. Por lo tanto si el deudor que se cree mas rico de lo que es en realidad, disminuyeré sus bienes cuando ya son insuficientes para satisfacer á sus acreedores, no habrá lugar á entablar ninguna de las acciones referidas, lo que tampoco sucederá en el caso contrario, esto es, si disminuye sus bienes con el ánimo de defraudar, y resultare que á pesar de esto no les hubiere causado perjuicio por quedarle aun bienes bastantes para satisfacer á todos (2). Pero no se entiende que obra en fraude de sus acreedores el que repudia la herencia ó el legado que se le dejó, porque como dice Ulpiano (3), no son defraudados los acreedores cuando el deudor deja de adquirir, sino cuando disminuye lo que tiene: *non fraudantur creditores cùm quid non acquiritur à debitore, sed cùm quid de bonis deminuitur*: doctrina que el Emperador Justiniano ha comprendido entre las reglas del derecho. Por esto en el caso de que el heredero *suyo* se abstuviera de la herencia (4), ó habiendo sido preterido ó desheredado no entablase la querella de testamento inoficioso, ó la accion para que se le completase la legítima (5), no habia lugar á la accion Pauliana. Como que, segun queda dicho, era indispensable que concurriese con la intencion de

---

(1) §. 2, ley 1; y ley 3, tit. VIII, lib. XLII del Dig.
(2) §§. 1 y 4, ley 10: ley 15, tit. VIII, lib. XLII; y ley 79, tit. XVII, lib. L del Dig.
(3) Ley 134 del mismo título y libro.
(4) Ley 3, tit. LXXV, lib. VII del Cód.
(5) §. 8, ley 1, tit. V, lib. XXXVIII del Dig.

perjudicar el perjuicio ocasionado á los acreedores, es claro que no podia entablarse esta accion sino despues de que se hubiere hecho escusion de los bienes del deudor, y de que realizada su venta resultase que no tenia los suficientes para poder pagar á todos; por esto es que los Emperadores Diocleciano y Maximiano, á las palabras *bonis possessis* de que se vale el texto, añaden en una constitucion (1) *itemquè distractis*.

Las acciones, de que aqui he hablado, son rescisorias y remedios de equidad contra el rigor del derecho civil, que considera válidos los actos y enajenaciones que por ellas quedan sin efecto: de esto dimana que, como las demás de su clase, solo duran un año útil, que empieza á correr desde el dia en que han sido vendidos los bienes del deudor (2). El trascurso del año no extingue absolutamente la accion, puesto que el demandado continúa obligado por la parte de utilidad que recibió (3), porque la justicia repugna que reciba provecho por consecuencia de un fraude.

La accion de que habla el texto puede definirse, *lo que se da á los acreedores para revocar las enajenaciones hechas en su fraude contra cualquier poseedor de la cosa enajenada.*

7 Itèm *Serviana et quasi Serviana*, quæ etiàm hypothecaria vocatur *ex ipsius prætoris jurisdictione* substantiam capiunt. *Servianâ* autem *experitur quis de rebus coloni*, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur; *quasi Serviana* autèm, *quâ creditores pignora hypothecasve persequuntur*. Inter pignus autèm et hipothecam, quantùm ad actionem hypothecariam, nihil interest (*a*): nam de quâ re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debitô obligata, utrâque hâc appellatione continetur. Sed in aliis differentia est: nam PIGNORIS appellatione eam propriè contineri dicimus, quæ simùl etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione nudâ conventione

La accion Serviana y la cuasi-Serviana, que tambien se llama hipotecaria, provienen igualmente de la jurisdiccion del pretor. La accion Serviana es la que se ejercita sobre las cosas del colono, que como prenda están obligadas al pago de las rentas de la finca. La accion cuasi-Serviana es aquella por medio de la cual los acreedores hacen valer su derecho en las cosas que les están dadas en prenda ó hipoteca. Ninguna diferencia hay entre la prenda é hipoteca (*a*) en cuanto á la accion hipotecaria se refiere, porque una y otra denominacion se aplican igualmente á las cosas que un acreedor y un deudor convienen que queden obligadas al pago de la deuda; pero bajo otros aspectos di- 7

(1) Ley 5, tít. LXXV, lib. VII del Cód.
(2) §. 14, ley 6, tít. VIII, lib. XLII del Dig.
(3) §. 24, ley 10 del mismo título y libro.

tenetur, proprie HIPHOTECÆ appellatione contineri dicimus.

chas palabras se diferencian. En efecto, bajo el nombre de *prenda, pignus*, comprendemos propiamente la cosa que se entrega al acreedor, y con especialidad si es mueble; pero la cosa que quede obligada sin tradicion, y solo por el convenio, se llama con propiedad *hipoteca.*

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Marciano. (§. 1, ley 5, tít. I, lib. XX del Dig.)

Comentario.

Serviana et quasi Serviana.—Las acciones Serviana y cuasi-Serviana fueron introducidas por el pretor con objeto de llenar el vacío que el derecho civil dejaba, no dando medio á las personas á quienes estaba obligada en prenda ó hipotecada una cosa para que hicieran efectivo en todos casos su derecho. No es de este lugar el hablar de las prendas é hipotecas; lo he hecho con la extension necesaria en el Libro tercero de esta obra, cuyas doctrinas deben tenerse presentes para la cabal inteligencia del texto que comento. Aquí por lo tanto solo completaré lo expuesto antes. En los primitivos tiempos de Roma los acreedores no tenian ninguna accion directa sobre los bienes del deudor, sino solo sobre su persona. Este, sin embargo, podia ofrecer lo que poseia á sus acreedores como garantía del crédito, garantía que fué sucesivamente perfeccionándose hasta que vino á tomar el carácter universal que ha servido de base al sistema hipotecario de los pueblos modernos de Europa. Tres épocas deben tenerse presentes acerca de esta materia. En la primera, el deudor que queria dar una cosa en seguridad de su deuda, trasferia el dominio quiritario al acreedor por medio de la *cesion in jure*, con la condicion, *fiducia*, de que pagando la deuda en los términos convenidos, le devolviese el dominio de la cosa que habia entregado: esto era muy parecido á lo que hoy se llama venta con *pacto de retro, ó á carta de gracia.* Saltan á la vista los inconvenientes que este sistema llevaba consigo, porque si el deudor no podia pagar, se veia en el caso de perder la cosa por una cantidad que casi siempre era muy inferior á su valor verdadero; y si podia pagar, ocurria á veces que el acreedor hubiera dispuesto de la cosa y se hallara insolvente por haber en el intermedio fracasado su fortuna. Acudióse á otra combinacion para evitar tales dificultades, y esta es la segunda época que debe tenerse en cuenta al tratar de la prenda é hipoteca bajo su aspecto históri-

co. Consistia el nuevo sistema en que el deudor, reteniendo el dominio de la cosa, pasara solo la posesion de ella al acreedor: esto es lo que propiamente se llama *prenda*, y lo que los latinos designan con el nombre de *pignus*. En su virtud el deudor se libertaba del peligro de perder la cosa afecta á la deuda, porque además de la accion pignoraticia, de que se ha hablado en otro lugar (1), y que compete al deudor, satisfecha que sea la deuda, para que se le devuelva la cosa dada en garantía, tiene este la reivindicacion contra cualquiera persona que posea la prenda. Este medio no bastaba á satisfacer todas las necesidades, porque por una parte la seguridad del acreedor dependia de la posesion de la prenda, y esta posesion, fácil de perderse, no estaba protegida de modo alguno, al menos hasta que se introdujeron las acciones Serviana y cuasi-Serviana; y por otra parte se privaba al deudor de medios de crédito, porque á un mismo tiempo no podia darse la prenda á acreedores que no tuvieran relacion entre sí. De aquí provino que el derecho pretorio introdujese las hipotecas, tercer época de las que antes indiqué; mas no por esto debe creerse que el sistema hipotecario en Roma tuviera la perfeccion é importancia que en los pueblos modernos, en que por medio de los registros públicos se evitan abusos y ocultaciones en perjuicio de acreedores, y se aumenta de este modo el crédito y los recursos de los propietarios solventes.

El primero que concedió una accion real á los acreedores pignoraticios é hipotecarios contra cualquiera persona en cuyo poder pudiera hallarse la cosa objeto de la prenda ó hipoteca para que fuera efectivo su derecho, fué el pretor Servio, el cual, segun es de presumir, existió antes del tiempo de Ciceron, y no contemporáneamente con este, como han creido algunos, confundiéndolo con el célebre Servio Sulpicio.

Ex ipsius prætoris jurisdictione.—Está fuera de duda que la accion Serviana procedia del edicto del pretor. La cuasi-Serviana habia sido excogitada por los jurisconsultos, é introducida á ejemplo de la Serviana; dícese aquí, sin embargo, que dimanaba de la jurisdiccion del pretor, porque imitando á la Serviana, tenia bajo cierto aspecto el mismo orígen que ella.

Servianâ experitur quis de rebus coloni.—Al tratar de las hipotecas tácitas especiales, dije que el que daba en arrendamiento un prédio rústico, bajo cuya denominacion se comprendian los destinados al cultivo, la tenia en los frutos de la heredad desde su percepcion (2): ahora debo añadir que fuera de esto, solo estában obligadas al dueño de la he-

(1) En el §. 4 del título XIV, lib III de esta obra.
(2) §. 1, ley 24, tít. II, lib. XIX; y §. inic., ley 7, tít. II, lib. XX del Dig.

redad las cosas que especialmente se hayan dado en prenda ó hipoteca (1), y no las introducidas en ella sin hacer expresion ninguna de quedar afectas á la seguridad del pago del arrendamiento (2). En esto se diferencia el arrendamiento de los predios rústicos del de los urbanos, en los que se reputa especial y tácitamente hipotecado al dueño todo lo que el inquilino ha introducido en la finca, como expuse al tratar de los derechos de prenda ó hipoteca. Nace esta diferencia de las costumbres del pueblo romano, segun las cuales los que tomaban fincas en locacion-conduccion solian obligar á la seguridad del pago las rentas de predios rústicos los frutos en ellas nacidos, y para la de las urbanas lo introducido en las mismas, uso que vino á convertirse paulatinamente en derecho.

En vista de lo expuesto puede definirse la accion Serviana, diciendo que es: *aquella por la que el dueño de un predio rústico dado en arrendamiento, hace valer su derecho de hipoteca en los frutos nacidos de la finca, y en las demás cosas que expresamente le están hipotecadas al pago del arrendamiento.*

Quasi Serviana, quâ creditores pignora hypotecasve persequuntur.—La accion cuasi-Serviana se diferencia de la Serviana en que esta se refiere á la especie, así como aquella hace relacion al género; de suerte, que la accion cuasi-Serviana es la misma accion Serviana extendida á todos los casos: por esto dice oportunamente Bonjean, que si bien el órden cronológico parece exigir que se dé la preferencia al tratar de ellas á la Serviana, el órden lógico reclama lo contrario. Puede definirse esta accion: *la que compete á los acreedores para hacer valer el derecho real que tienen sobre lo que tácita ó expresamente les está hipotecado ó empeñado, á excepcion de lo que es objeto de la accion Serviana.*

De las cosas que pueden ser objeto de prenda é hipoteca, de la naturaleza de estas, de sus clases, de los modos de constituirse y de disolverse, de los efectos que producen, de la prelacion respectiva de los que las tienen á su favor constituidas, de la diferencia que entre ellas existe de que habla el texto, y por último, de la que hay entre la accion pignoraticia é hipotecaria, he dicho ya en el libro tercero lo que cabia dentro de los límites de esta obra.

8 *In personam* quoquè *actiones* ex suâ jurisdictione *propositas habet prætor. Veluti de pecuniâ constitutâ; cui similis videbatur receptitia.*

El pretor ha introducido igualmente acciones personales en virtud de su jurisdiccion; tal es la accion de *pecuniâ constitutâ*, á la que se 8

(1) §. 3, tít. XV, lib. IV de estas Inst.
(2) Leyes 4 y 7, tít. 1, lib. XX del Dig.

sed ex nostrâ constitutione (cum et, si quid plenius habebat, hoc in pecuniam constitutam transfusum est) et ea, quasi supervacua, jussa est cum suâ auctoritate à nostris legibus recedere*(a). Itèm prætor proposuit de peculiô servorum filiorumque familias, et ex quâ quæritur, an actor juraverit, et alias complures.

asemejaba la *recepticia.* Pero por una constitucion nuestra (en la que hemos decidido que todas las ventajas de la accion recepticia pasen á la de *pecuniâ restitutâ*), habiendo venido á ser inútil aquella accion, la hemos hecho desaparecer de nuestras leyes (*a*). El pretor ha establecido igualmente una accion relativa al peculio de los hijos de familia y de los esclavos, una en que se examina si el demandante ha jurado, y otras muchas.

ORIGENES.

(*a*) La constitucion á que aquí alude el Emperador es la ley 2, tít. XVIII, libro IV del Cód.

Comentario.

In personam actiones propositas habet prætor.—Despues de haber hablado el Emperador de las acciones p retorias reales, pasa á las personales, las cuales se otorgan para hacer efectivas las obligaciones á que da fuerza la autoridad del pretor; obligaciones que del mismo modo que las civiles nacen de un contrato, ó de un delito, ó de un cuasi-contrato, ó de un cuasi-delito. Las tres acciones de que especialmente se hace aquí mencion, que son la *de pecuniâ constitutâ,* la *de peculiô* y la *de ex jurejurandô*, están solo puestas por ejemplo, porque hay muchas otras, como dice el Emperador en las últimas palabras del texto, *alias complures.*

Veluti de pecuniâ constitutâ.—En otro lugar (1) he hablado del pacto pretorio llamado *constitutum,* que producia la accion *de constitutâ pecuniâ,* de que trata el Emperador en el párrafo siguiente.

Cui similis videbatur receptitia.—La accion *recepticia* era una excepcion del principio del derecho civil en sentido riguroso, en virtud del que la promesa de pagar hecha bajo cualquiera otra forma que la de estipulacion, no era obligatoria. Acostumbrábase en Roma que las personas que hacian el comercio de dinero, *argentarii*, abrieran créditos á sus clientes, recibieran de los mismos cantidades en depósito ó á interés, que á su vez les adelantaran y que pagaran ó prometieran pagar por ellos: así es que con frecuencia ocurria que el deudor llevase á su acreedor á casa de estos banqueros ó comerciantes, bien

(1) Al finalizar el tít. XX, lib. III de esta obra.

fuera con el objeto de que pagarán la deuda, ó de que prometieran pagarla en un dia determinado. Esta última promesa sin las solemnidades que por regla general exigia el derecho para dar fuerza á las obligaciones, sujetaba por una accion civil al que la habia hecho para que la cumpliera, y como al acto de señalar el dia para realizar el pago se llamaba *recipere*, la accion tomó el nombre de *recepticia*. Cuando el pretor dió fuerza al pacto *constitutum*, y existió por consiguiente la accion *de pecuniâ constitutâ*, hubo dos acciones que tenian grande analogía entre sí: una la accion *recepticia* que dimanaba del derecho civil y que tenia lugar sola y exclusivamente contra los que hacian por profesion las operaciones de que se ha hablado, y otra la *de pecuniâ constitutâ*, proveniente del edicto del pretor, que se daba contra todos los que se obligaban por el pacto *constitutum*, y de consiguiente tambien contra aquellos que podian ser compelidos especialmente por la accion civil llamada *recepticia*. Quedaba en este último caso á eleccion del acreedor entablar cualquiera de las dos acciones. La *recepticia* le ofrecia bajo diversos puntos de vista mas ventajas porque era perpétua, aplicable á todos los objetos, y bastaba para concederla que hubiera promesa, sin atender á si existia ó no una causa anterior que la motivara; la accion *de pecuniâ constitutâ*, por el contrario, era anual, aplicable solo á las cosas fungibles, y suponia siempre la existencia de una deuda anterior (1). El Emperador Justiniano, como en este texto dice, refundió la accion especial que era la *recepticia*, en la general que era la *de pecuniâ constitutâ*, accion que en adelante sirvió para toda clase de promesas de pago hechas sin estipulacion, de cualquiera clase que fueran, si bien conservó siempre la regla de que debia fundarse en una deuda anterior, y le dió el carácter de perpétua. Como la deuda condicional no es deuda hasta que se cumpla la condicion de que depende, no puede ser objeto del pacto *constitutum*, y de consiguiente tampoco dar lugar á la accion *de pecuniâ constitutâ*: no sucede lo mismo con las obligaciones á término cuyo dia ha cedido, si bien no ha venido.

9 *De pecuniâ* autem *constitutâ* cum omnibus agitur, quicumque vel pro se vel pro aliô soluturos se constituerint, nullâ scilicèt stipulatione interpositâ. Nam alioquin, si stipulanti promiserit, jure civili tenetur (*a*).
10 *Actiones* autèm *de peculiô* ideò adversùs patrem dominumve

La accion *de pecuniâ constitutâ* se da contra todos aquellos que prometieron pagar por sí ó por otro, sin emplear la fórmula de la estipulacion, pues que si prometieron al que estipulaba, quedan obligados por el derecho civil (*a*). 9
El pretor concedió las acciones de peculio 10

(1) Ley 2, tit. VIII, lib. IV del Cód.

comparavit prætor, quia, licèt ex contractu filiorum servorumve ipsô jure non teneantur, æquum tamen est, peculiô tenùs, quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, itèm servorum, condemnari eos (*b*).

11 Itèm si quis *postulante adversariô juraverit*, deberi sibi pecuniam quam peteret, neque ei solvatur, justissimè accommodat ei talem actionem, per quam non illud queritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit (*c*).

contra el padre ó el señor, porque aunque no estén obligados con arreglo al derecho civil en virtud de la obligacion contraida por los hijos ó por los esclavos, es justo, sin embargo, que sean condenados hasta la concurrencia del peculio, que es una especie de patrimonio de los hijos é hijas y de los esclavos (*b*).

Si uno á peticion de su contrario 11 jurase que se le debe el dinero que pide, y demandado no le paga, el pretor da justísimamente una accion, en virtud de la cual no se examina ya si se debe ó no el dinero al demandante, sino si ha jurado (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Tít. II, lib. II de sus Sentencias.)
(*b*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Maximiano y Diocleciano. (Ley 12, tít. XXVI, lib. IV del Cód.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 5, tít. II, lib. XII del Dig.)

Comentario.

De pecuniâ constitutâ.—Nada debo añadir á lo que ya queda dicho del pacto pretorio *constitutum* y de la accion *de pecuniâ constitutâ* en el título de fiadores y en el comentario al párrafo que precede. La definicion exacta que este texto presenta, excusa que se dé otra.

Actiones de peculiô.—Las acciones que se dan contra el padre ó el señor hasta donde alcance el peculio por razon del contrato del hijo de familia ó del esclavo, fueron introducidas por el pretor fundándose en la equidad; porque atendido el derecho civil, como ninguno se obligaba en virtud del contrato celebrado por otro, tampoco el padre ó el señor por el que contrajeran el hijo ó el esclavo. De propósito sin duda usa aquí el Emperador de la palabra *actiones* en plural, porque la accion *de peculiô* no es especial, sino aplicable á toda clase de contratos. En el párrafo cuarto del título siguiente habrá ocasion mas oportuna de tratar de las acciones *de peculiô*.

Postulante adversariô juraverit.—En este lugar se habla del juramento extrajudicial, no del que se hacia *in jure* ni *in judiciô*. Su objeto era evitar un litigio, conviniendo las partes antes de comenzarlo en pasar por lo que jurase una de ellas, especie de transaccion (1) á que dió

(1) Ley 2, tít. II, lib. XII del Dig.

fuerza el derecho pretorio, porque de otro modo, como mero pacto, no produciria obligacion. Paulo (1) dice que semejante juramento tiene aun mas autoridad que la de la cosa juzgada. Cuando el deudor á quien se pide el juramento niega la deuda, no por eso queda inhabilitado el que se reputa acreedor de entablar la demanda, si bien será repelido por la excepcion de juramento, *exceptio jurisjurandi* (2); pero si el deudor en lugar de prestar el juramento que se le defiere, lo pide á su vez al contrario, cuando este jure que se le debe lo que reclama, ya no será, como dice el texto, objeto del juicio el averiguar si la deuda es ó no efectiva, sino únicamente si se ha prestado ó no el juramento, á cuyo efecto tendrá el acreedor una accion *in factum* llamada de *jurejurandô*.

Hay otra clase de juramentos además del que acabo de exponer, juramentos de que ya he hecho indicacion en otro lugar. Tal era el que se prestaba *in jure*, esto es, ante el magistrado, llamado *necesario*, porque aquel á quien se deferia, no podia excusarse de prestarlo sin perder la causa; en su virtud, aun cuando existia la diferencia de *jus* y *judicium*, de juez y de magistrado, este por sí mismo determinaba el litigio. El juramento que se hacia ante el juez, *in judiciô*, bien fuera á propuesta de una de las partes, ó bien pedido por el juez de oficio, ya era para esclarecer hechos dudosos, ya para fijar la indemnidad debida al demandante, en cuyo caso se llamaba *jusjurandum in litem*; por consecuencia de ellos el juez pronunciaba la sentencia.

12 Pœnales quoquè actiones benè multas ex suà jurisdictione introduxit: *veluti* adversùs eum, qui quid ex albô ejus *corrupisset*, et in eum, *qui patronum vel parentem in jus vocasset*, cum id non impetrasset; itèm adversùs eum, *qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur*, cujusve dolô alius exemerit; et alias innumerabiles.

El pretor introdujo igualmente gran número de acciones penales en virtud de su jurisdiccion. Tales son las que se daban contra aquel que hubiese alterado ó destruido una parte cualquiera del *album*, contra el que hubiera llamado á su ascendiente ó á su patrono ante el magistrado sin haber obtenido el permiso de este, contra el que hubiese empleado violencia ó dolo para impedir que compareciera el llamado ante el magistrado, y otra multitud de acciones. 12

ORIGENES.

Conforme de Cayo. (§. 46, Com. IV de sus Inst.)

(1) Ley 2, tít. II, lib. XII del Dig.
(2) §. 4, tít. XII, lib. IV de estas Inst.

Comentario.

Veluti.—Esta palabra unida á las de *et alias innumerabiles* con que termina el texto, demuestran que las acciones pretorias penales de que habla especialmente, están solo puestas como ejemplos.

Corrupisset.—Comprende el verbo *corrumpere* en este lugar el acto de rasgar, manchar ó hacer desaparecer de cualquiera manera una parte ó todo el edicto del pretor, lo mismo que el de hacer alteraciones en él. Contra el que cometia cualquiera de estos atentados se daba la accion pretoria penal y popular de *albô corruptô*, en virtud de la que era castigado con quinientos aureos (1). La alteracion en los edictos de los Emperadores llevaba consigo la pena de falsedad (2).

Qui patronum vel parentem in jus vocasset.—Al hablar de los actos del procedimiento en el sistema formulario, he tratado ya de este punto, é igualmente de las personas que no podian ser llamadas absolutamente á juicio, y de otras que no lo podian ser en casos determinados. Nada debo añadir en este lugar á lo que allí dije.

Qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur.—Tambien en el lugar antes citado he hecho mencion de lo que basta para la explicacion de este texto.

13 *Præjudiciales actiones in rem esse videntur*, quales sunt, per quas quæritur, *an aliquis liber*, vel libertus sit, vel de partu agnoscendô (*a*). Ex quibus ferè una illa *legitimam causam* habet, per quam quæritur, an aliquis liber sit (*b*): ceteræ ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.

Las acciones *prejudiciales* parecen ser acciones reales: á esta clase pertenecen aquellas en las que se trata de saber si alguno es libre ó liberto, ó de hacer reconocer una filiacion (*a*). De estas acciones no hay mas, por decirlo así, que una que se funde en el derecho civil, á saber, aquella en que se ventila si una persona es libre (*b*); las demás toman su orígen de la jurisdiccion del pretor. 13

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 44, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Pomponio. (§. 24, ley 2, tít. II, lib. I del Dig.)

Comentario.

Præjudiciales actiones.—Las actiones de que en este texto se habla se llaman *prejudiciales*, *præjudiciales*, *præjudicia*, porque termi-

(1) §. inicial, ley 7, tít. I, lib. II del Dig.
(2) Ley 32, tít. X, lib. XLVIII del Dig.

nan un litigio cuya decision conduce á otro litigio diferente, y así su resolucion viene á prejuzgar otras cuestiones. Pretenden algunos que la palabra *præjudicia* y el epíteto de *prejudiciales* que se da á estas acciones, provienen de que contra los principios generalmente adoptados de que la cosa juzgada solo perjudica á los que litigan, en ellas no solamente tiene fuerza contra estos, sino tambien contra los que de ninguna manera intervinieron en el litigio, viniéndose así á quebrantar la regla de *res inter alios acta, aliis non nocet.* La primera etimología parece mas fundada que la segunda, si bien no hay inconveniente en admitir ambas á la vez.

In rem esse videntur.—Con marcada intencion dice aquí el Emperador Justiniano que las acciones prejudiciales parecen ser reales, porque se diferencian de las que propiamente llevan esta denominacion. En efecto, si se considera que se fundan en un derecho absoluto que se hace valer contra cualquiera que lo dispute sin relacion á ninguna obligacion preexistente, son acciones reales. Pero se diferencian de estas en que no conducen á una condenacion, sino á fijar la existencia de un hecho.

An aliquis liber.—Hé aquí el proceso llamado *causa liberalis* de que he hablado antes de ahora. Primitivamente era una reivindicacion; despues se hizo una verdadera accion *prejudicial.* Podia ser planteada esta accion bajo dos aspectos diferentes: 1.º cuando alguno intentaba que un hombre que estaba en posesion de la libertad era su esclavo; 2.º si el que estaba en esclavitud reclamaba su libertad: en el primer caso se decia que se le reivindicaba *in servitutem*, y en el segundo que se le reivindicaba *in libertatem.* Cuando se reclamaba la esclavitud, correspondia el derecho de entablar la accion al que pretendia ser el dueño ó el usufructuario del esclavo: cuando se reclamaba la libertad, el que entablaba la accion debia ser un lictor, ó el *assertor libertatis* por derecho antiguo. Justiniano hizo una reforma en este último caso, estableciendo que la accion perteneciera á aquel mismo cuya calidad se disputaba.

Los ejemplos que pone el texto se refieren todos al estado de las personas: de aquí dimanó que los intérpretes antiguos creyeran que las acciones prejudiciales se limitaban á las cuestiones de estado. Las Instituciones de Cayo desvanecen este error, y vienen á concluirlo de disipar otros textos antes conocidos: así es que se ven calificadas de acciones prejudiciales aquellas en que se investiga cuánta sea la cantidad de la dote (1); las en que se trata de si se ha hecho conocer á los fiadores y esponsores la extension de su obligacion en los términos

(1) § 44, Com. IV de las Inst. de Cayo.

que quiso la ley (1); la en que se pretende fijar si la cosa objeto de litigio excede de cien sestercios (2), y tambien aquella que versa acerca de si se han vendido los bienes de alguno judicialmente (3).

Respecto al estado de las personas podia litigarse aun despues de su muerte. Mas los Emperadores Claudio y Nerva decidieron que cuandó se intentase atribuir al que habia fallecido una condicion menos ventajosa que aquella de que estaba en posesion al tiempo de la muerte, no pudiera entablarse la accion sino dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento (4).

Legitimam causam.—Si se ha de dar crédito á Pomponio, cuya autoridad dejo citada en los *Orígenes*, el proceso *causa liberalis* era anterior á las leyes de las Doce Tablas, en las que le dió lugar Apio Claudio, conformándose á las antiguas costumbres.

14 Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem rem suam ità ab aliquo petere, SI PARET, EUM DARE OPORTERE; nec enim, quod actoris est, id ei dare oportet, quia scilicèt dari cuiquam id intelligitur, quod ità datur, ut ejus fiat, nec res, quæ jam actoris est, magis ejus fieri potest. Planè *odio furum*, quò magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut, extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hâc actione teneantur, SI PARET, EOS DARE OPORTERE, quamvis sit adversùs eos etiàm hæc in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

Con arreglo á la division de acciones anteriormente hecha, aparece como cierto que nadie puede pretender que otro le debe dar lo que ya es suyo, porque no cabe dar al actor lo que ya en propiedad le pertenece, pues *dar* significa trasferir el dominio. Se ha establecido, sin embargo, en odio de los ladrones, para que estén ligados con mayor número de acciones, que además de la pena del duplo ó del cuádraplo, estén obligados por la accion personal, aunque compete tambien contra ellos la accion real, en virtud de la que el dueño pide que se le dé la cosa como suya. 14

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 4, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Si paret eum dare oportere.—Esta fórmula solo se referia á la accion personal y no á la real, y por lo tanto no podia entablarla el dueño que reivindicaba la cosa como propia.

---

(1) §. 123, Com. III.
(2) §. 3, tit. IX, Lib. V de las Sent. de Paulo.
(3) Ley 30, tit. V, lib. XLII del Dig.
(4) Ley 6, tit. XVI, lib. VII del Cód.

Odio furum.—La doctrina que aquí expone el Emperador queda ya explicada anteriormente (1).

15 Appellamus autem in rem quidèm actiones VINDICATIONES; in personam verò actiones, quibus dare facere, oportere intenditur, CONDICTIONES. CONDICERE enim est RENUNTIARE priscâ linguâ; nunc veró abusivè dicimus, condictionem actionem in personam esse, quâ actor intendit, dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eô nomine denuntiatio fit.

Damos el nombre de ***vindicaciones*** á las acciones reales, y el de ***condicciones*** á las acciones personales por las que pretendemos que debe darse ó hacerse alguna cosa. ***Condicere*** en idioma antiguo es lo mismo que ***denuntiare,*** denunciar; pero ahora impropiamente llamamos condiccion á la accion por la que pretendemos que se nos dé alguna cosa, porque en la actualidad ya no se hace la denuncia. 15

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 5 y 18, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Vindicationes condictiones.—Nada debo añadir para la explicacion de este texto, á lo que dejo dicho en la introduccion al presente título.

16 *Sequens* illa *divisio* est, quod quædam actiones *rei persequendæ* gratiâ comparate sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mixtæ sunt.

La siguiente division de las acciones es que algunas se dan para perseguir la cosa, otras para perseguir la pena, y otras son mixtas. 16

ORIGENES

Conforme con Cayo. (§. 6, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Sequens divisio.—La division que en este texto hace Justiniano, está tomada del diferente objeto que se propone el demandante.

Rei persequendæ.—Paulo dice que contienen la persecucion de la cosa aquellas acciones por las que pedimos lo que nos falta del patrimonio (2), á lo que es consiguiente que la persecucion de la pena sea la que se refiere á la peticion de lo que no nos falta del patrimonio.

17 Rei persequendæ causâ comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum verò actionum, quæ in perso-

Todas las acciones reales tienen por objeto el perseguir la cosa. Por lo que hace á las acciones persona- 17

---

(1) En el comentario al §. 19, tit. I de este Libro.
(2) §. inicial, ley 35, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

nam sunt, hæ quidèm, quæ ex contractu nascuntur, *ferè omnes* rei persequendæ causâ comparatæ videntur, veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam petit actor, itèm commodati, depositi, mandati, pro sociô, ex emptô venditô, locatô conductô (*a*). Planè si depositi agetur eô nomine, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modò cum ipsô, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus *ex dolô ipsius* agetur: quo casu mixta est actio (*b*).

les, las que nacen de un contrato tienen casi todas por objeto el perseguir la cosa: así sucede con aquellas por las que el demandante pide el dinero que prestó ó que le prometieron en una estipulacion, y las de comodato, depósito, mandato, sociedad, compra-venta y locacion-conduccion (*a*). Mas cuando se intenta la accion de depósito por razon del que tuvo lugar con motivo de un tumulto, de incendio, de ruina ó de naufragio, el pretor da una accion del duplo contra el depositario ó su heredero que se ha hecho culpable de dolo; en cuyo caso la accion es mixta (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 7, Com. VI de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§§. 1, 2, 3 y 4, tít. III, lib. XVI del Dig.)

Comentario.

Ferè omnes.—La palabra *ferè* está puesta sin duda para excluir la accion que nace del depósito miserable, de que el Emperador habla despues en este mismo texto, accion que á pesar de dimanar de un contrato, en parte es persecutoria de la cosa y en parte de la pena.

Ex dolo ipsius.—Las leyes de las Doce Tablas, segun dice Paulo (1). condenaban, si mediaba dolo, en el duplo á todo depositario, bien fuera voluntario ó necesario. El derecho pretorio limitó esta disposicion al depósito necesario, sin duda porque en el que no lo era, el deponente deberia atribuirse á sí mismo la culpa de no haber elegido por depositario á otra persona mas fiel. Por lo tanto, cuando el depositario niega el depósito necesario, se le condena en el duplo; pero la parte penal de esta accion en tanto alcanza al heredero, en cuanto haya sido participante del dolo.

18 Ex maleficiis verò proditæ actiones aliæ tantùm *pœnæ persequendæ causâ* comparatæ sunt, aliæ tàm pœnæ, quàm rei persequendæ, et ob id mixtæ sunt. Pœnam tantùm persequitur quis actione furti: sive

Entre las acciones que nacen de los delitos las unas tienen únicamente por objeto la persecucion de la pena; las otras, tanto la persecucion de esta como de la cosa, y por lo tanto son mixtas. La accion de 18

(1) §. 11, lib. XII de sus Sent.

enim manifesti agatur quadrupli; sive nec manifesti dupli, de solâ pœnâ agitur: nam ipsam rem propriâ actione persequitur quis, id est, suam esse petens; sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet: eò ampliùs adversùs furem etiam condictio est rei.

hurto solo tiene por objeto la persecucion de la cosa, porque bien se pida el cuádruplo por la accion de hurto manifiesto, ó bien el duplo por la del no manifiesto, solo se trata de la pena: por lo que hace á la persecucion de la cosa hurtada, hay otra accion, á saber, la reivindicacion, sea el ladron ú otro cualquiera el que posea la cosa: además compete contra el ladron la condiccion.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 8, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Pœnæ persequendæ causâ.—Conviene recordar aquí lo que se ha manifestado repetidamente al hablar de los delitos, y con relacion á las penas á que se refiere el texto, á saber, que en estos casos no se trata del castigo público, sino de una pena particular impuesta á favor del perjudicado. De las acciones que nacen del hurto ya he hablado en su lugar oportuno.

19 Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplum rei persecutio continetur, pœna autem tripli est. Sed et legis Aquiliæ actio de damnô mixta est, non solùm, si adversùs infitiantem in duplum agatur, sed interdùm, et si in simplum quisque agit. Veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eô annô integer et magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo in eô annô plurimi fuerit, secundùm jam traditam divisionem (*a*). Itèm mixta est actio contra eos, qui *relicta sacrosanctis eclesiis* vel aliis venerabilibus locis legati vel fideicommissi nomine *dare distulerint* usque adeò, ut etiam in judiciô vocarentur: tunc etenim et ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro

La accion de *vi bonorum raptorum* es mixta, porque en el cuádruplo está contenida la indemnizacion de la cosa, y la pena no es mas que del triplo. La accion de la ley Aquilia es tambien mixta, no solamente cuando se intenta por el duplo contra el que ha negado, sino tambien algunas veces cuando solo se entabla por el tanto. Por ejemplo, si alguno hubiere muerto á un esclavo cojo ó falto de un ojo que durante el año anterior á su muerte carecia de los referidos defectos y tuviera mayor precio, será condenado en cuanto mas valiera el esclavo en el referido año, segun antes queda dicho (*a*). Es igualmente mixta la accion que se da contra aquellos que esperan que se los llame á juicio para entregar á las sacrosantas iglesias ó á otros luga- 19

pœnâ, et ideò in duplum ejus fit condemnatio (*b*).

res venerables lo dejado á título de legado ó fideicomiso, porque en este caso se les condena ó dar no solo la cosa ó la suma dejada, sino tambien otro tanto á título de pena, y así su condenacion es en el duplo (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 9, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme á una constitucion de Justiniano mencionada en el §. 7, título XXXVII, lib. III de estas Inst.

Comentario.

Relicta sacrosanctis ecclesiis.—Antes de Justiniano el que rehusaba pagar un legado, cualquiera que fuera la persona á quien correspondiera, incurria en la pena del duplo. Justiniano limitó esta disposicion á los legados hechos á las iglesias ó por razones de piedad ó de religion, como en otro lugar queda expuesto (1).

Dare distulerint.—La pena del duplo se imponia antes solo á los que de un modo absoluto rehusaban entregar los legados, no á los que se retardaban en satisfacerlos (2). Esta fué una innovacion hecha por Justiniano.

20 Quædam actiones *mixtam causam obtinere videntur, tàm in rem, quàm in personam.* Qualis est *familiæ erciscundæ actio*, quæ competit cohæredibus de dividendâ hæreditate; itèm *communi dividundo*, quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut it dividatur; itèm *finium regundorum*, quæ inter eos agitur, qui confines agros habent (*a*). In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bonô et æquô adjudicare, et, si unius pars prægravare videbitur, eum invicèm certâ pecuniâ alteri condemnare (*b*).

Hay ciertas acciones que parecen mixtas y participantes de la naturaleza de reales y de personales. A esta clase pertenecen la de *familiæ erciscundæ*, que compete á los coherederos para dividir la herencia; la de *communi dividundo*, que se refiere á la particion de un objeto entre muchos dueños, y la de *finium regundorum*, que se ejercita entre aquellos que poseen heredades contiguas (*a*). En estas tres acciones el juez tiene el derecho de adjudicar, siguiendo las reglas de la equidad, alguna cosa á una de las partes, y condenar al que saca la ventaja de la adjudicacion á que pague al otro ó á los otros cierta suma (*b*). 20

(1) En el §. 7, tit. XXVII, lib. III de estas Instituciones, y su comentario.
(2) §. 7, ley 46, tit. III, lib. I del Cód.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Ley 1, tít. I, lib. X); y con Ulpiano (§. 4, ley 22, titulo II, y §. 3, ley 4, tít. III, lib. X del Dig.

(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 2, tít. I; y ley 55, tít. II, lib. X del Dig.)

Comentario.

Mixtam causam.—Singular es que los que redactaron las Instituciones colocaran en este lugar las acciones *familiæ erciscundæ, communi dividundo* y *finium regundorum*, y lo que es mas, que les sugiriera esta idea el carácter de acciones mixtas que tienen al parecer. Las acciones de que habian tratado en los cuatro párrafos anteriores eran mixtas por participar de la naturaleza de persecutorias de la cosa y de persecutorias de la pena, mas nada tiene que ver este carácter mixto con el de las acciones de que habla el texto que comento, porque segun en el mismo se dice, la apariencia que tienen de mixtas proviene de participar de la naturaleza de reales y personales. El jurisconsulto Ulpiano las llamó *mixtas* en el sentido de que cada uno de los litigantes á su vez es demandante y demandado (1), por lo que se ha dado á los juicios en qué se ventilan estas acciones, el nombre de *dobles*: consecuencia es de esto que, á diferencia de los demás juicios en que solo puede ser condenado el demandado, en las de que aqui se trata pueda serlo tambien el demandante.

Obtinere videntur, tàm in rem, quàm in personam.—Muchos intérpretes entre los antiguos han sostenido que las acciones *familiæ erciscundæ, communi dividundo* y *finium regundorum* eran mixtas de reales y de personales, ó lo que es lo mismo, reales y personales á la vez. La palabra *videntur* del texto debia ser suficiente para que no hubieran atribuido verdadera naturaleza mixta á acciones que el Emperador dice únicamente que parecen tenerla. En efecto, realmente no presentan el carácter de mixtas. Basta para convencerse de ello considerar que es imposible que una accion sea al mismo tiempo real y personal, porque aun prescindiendo de las fórmulas, en su esencia una peticion excluye á la otra. No es decir esto que una misma persona con relacion á una misma cosa no pueda tener una accion real y otra personal, lo que sucede con frecuencia, por ejemplo, en el depósito, respecto al que puede reclamar el dueño ya en virtud del contrato que celebró para que se le cumpla, ya como dueño de la cosa depositada reivindicándola; pero si bien en estos casos el deponente tendrá la facultad de entablar la accion que mas le convenga, nunca podrá confundir en su demanda las dos causas diferentes en

(1) §. 1, ley 37, tít. VII, lib. XLIV del Dig.

virtud de las que puede pedir, y aun en el caso de que las acumule, tendrá que enunciarlas con separacion, y poner una como subsidiaria de la otra. Debe notarse que de la especie de que habla el texto no se presentan mas que las acciones *familiæ erciscundæ communi dividundo* y *finium regundorum*, respecto á las cuales es muy fácil demostrar que son acciones personales.

En efecto, cuando se trata de la division de una herencia ó de otra cosa comun á varios, cada uno de los coherederos ó condueños tiene un derecho *en* la cosa que no es disputada por los otros; esto es claro, porque suponiendo que alguno pretendiera que otro no tenia derecho *en* la cosa ó *en* la herencia comun, no habria lugar á las acciones *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo*, sino á la peticion de la herencia ó á la reivindicacion. Trátase solo en estas acciones de reemplazar á la porcion *pro indivisó* que cada cual tiene en la cosa comun, y que se extiende á todas y á cada una de las partes de ella, otra porcion determinada de que no participen los demás coherederos ó condueños; en una palabra, no se trata de pedir lo que es nuestro, sino solo de dividir lo que á varios corresponde: el fundamento de esta accion no es el derecho *en* la cosa que como á condueño ó como coheredero corresponde al que litiga, si bien no se puede negar que solo con ocasion de él puede suscitarse el litigio. Lo mismo sucede en la accion *finium regundorum*: si las heredades colindantes de dos dueños diferentes se han confundido, si extrajudicialmente no han podido estos arreglar sus respectivas pretensiones y han acudido á la autoridad pública para conseguirlo, no por esto puede decirse que el uno reclama de otro un terreno que le corresponde; lo úuico que quiere es que se fijen de un modo claro los límites antes confundidos. Resulta, pues, que en cualquiera de las tres acciones, el demandante no reclama un derecho *en* la cosa como dueño, condueño ó coheredero; solo pide en la accion *finium regundorum* que se haga el apeo que el vecino en calidad de tal está obligado á permitir, y en las acciones *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo*, que se haga la particion que no pueden resistir el coheredero ó el condueño: de modo que en todos los casos la accion nace de una obligacion cuyo objeto es que el demandado haga la division ó el apeo que se solicita, y de consiguiente la accion no puede menos de ser personal. Esto tambien podria probarse con razones de autoridad. Justiniano mismo, siguiendo la autoridad de Paulo (1), llama accion *personal* á la de *finium regundorum*, y en una constitucion (2) le

(1) Ley 1, tít. I, lib. X del Dig.
(2) §. 1, ley 3, tít. XL, lib. VII del Cód.

da la misma calificacion, que hace extensiva á las de *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo.*

Creyendo algunos que la palabra *videntur* no es bastante para quitar las dudas, han venido á entender el texto de una manera diferente. Segun ellos deberia traducirse en estos ó semejantes términos: «*ciertas acciones tienen una naturaleza mixta, y de ellas hay algunas entre las acciones personales y otras entre las reales.*» No puede negarse que mas de una vez en estas mismas Instituciones las palabras *tàm in rem, quàm in personam*, solo admiten esta significacion (1); sin embargo, como el texto que comento, solo puede referirse y aplicarse á las acciones *familiæ erciscundæ, communi dividundo* y *finium regundorum*, las cuales todas son personales, se hace inadmisible semejante explicacion. Pothier indicó otro medio para salir de esta dificultad, medio adoptado modernamente por Du Caurroy; consiste en decir que las palabras *tàm in rem, quàm in personam*, no deben tomarse en el sentido técnico que suelen presentar, sino que significan que en las acciones divisorias el juez tiene poder sobre las cosas y sobre las personas; sobre las cosas porque las adjudica, sobre las personas porque las condena á las prestaciones personales. Este modo de resolver la dificultad parte de un supuesto exacto, pero no por esto puede ser admitido, porque lo que se dice y se limita en el texto á las tres acciones divisorias, en el supuesto de la citada explicacion deberia tambien ser extensivo á todas las acciones reales, y especialmente á la particion de la herencia; agrégase á esto, que en atencion á lo que dice Paulo en el lugar citado antes (2), *finium regundorum actio in personam est, licèt pro vindicatione rei est*, parece que Justiniano, imitando en cierto modo á este jurisconsulto dió la misma significacion á las palabras *tàm in rem, quàm in personam*, tomándolas, de consiguiente, como él en su sentido técnico.

Por último, de todo lo expuesto se infiere, á mi modo de entender, que las palabras del texto, *videntur*, *tàm in rem*, *quàm in personam*, quieren decir, que si bien las tres acciones divisorias, únicas de que habla, son por su esencia personales, pueden conducir á un resultado parecido al de las acciones reales, declarando la propiedad á favor del demandante.

Familiæ erciscundæ actio.—La accion *familiæ erciscundæ*, nacida de un cuasi-contrato, es *la que compete á un coheredero contra los demás coherederos para dividir la herencia comun y para obtener ciertas prestaciones personales.* Bajo la palabra *herederos* se comprenden aquí tanto los que lo son por derecho civil como los llamados por

---

(1) §§. 3 y 31 de este mismo título; y §. inicial, tít. XII de este libro IV.
(2) Ley 1, tít. I, lib. X del Dig.

el pretorio, y que segun se ha visto se denominan *bonorum possessores*, tanto los herederos testamentarios como los legítimos, y aquellos á quienes en virtud del senado-consulto Trebeliano se ha restituido la herencia (1). La accion *familiæ erciscundæ* dimanaba de las Doce Tablas, las cuales la establecieron como un medio por el cual los herederos que no querian estar en comunion, pudieran conseguir que se distribuyesen los bienes hereditarios.

No debe confundirse la accion *familiæ erciscundæ* con la peticion de una parte de la herencia; esta es una accion real dirigida á que se reconozca en el que la intenta la calidad de heredero, mientras que la accion *familiæ erciscundæ*, supone como reconocida la calidad de heredero en el que demanda. No es esto dar á entender que no pueda disputarse al que entabla la accion *familiæ erciscundæ* la calidad de heredero; puede tener el demandado motivos para oponerle la excepcion *si in eâ re de quâ agitur præjudicium hæreditati non fiat*, y en este caso el demandante que no posee, está en el caso de hacer valer su derecho entablando la peticion de la herencia; pero si posee la parte de herencia con cuyo motivo pide la particion, como no puede introducir la peticion de herencia, porque esto solo se concede al que no posee, corresponde al juez ante quien se entabló el juicio *familiæ erciscundæ* conocer del incidente relativo á la calidad de heredero.

Dos son los puntos principales que deben considerarse en la accion *familiæ erciscundæ*, á saber: la adjudicacion de la propiedad y las prestaciones personales.

La adjudicacion de la propiedad es consecuencia de la division de los bienes hereditarios: en virtud de ella cada uno de los diferentes coherederos recibe en lugar de la parte de dominio que tiene *proindivisó* sobre todos y cada uno de los bienes hereditarios, la propiedad absoluta de la parte de ellos que se le adjudica. En la division tiene el juez facultades muy ámplias; así, puede señalar para cada cual una cosa entera, ó por el contrario dividir una misma cosa entre muchos (2), adjudicar la propiedad á uno y el usufructo á otro (3), y lo que es mas, en el caso de que la divtsion sea extremadamente difícil ó de tado punto imposible, adjudicar el todo á uno de los coherederos, condenándole á su vez á pagar á los otros una suma que les indemnice de lo que les hubiera correspondido á haber sido fácil ó posible la particion (4). La division de la herencia no se extiende á

---

(1) §. 1, ley 24, tit. II, lib. X del Dig.
(2) §§. 1, 2 y 3, ley 22; y §. 2, ley 52; tit. II, lib. X del Dig.
(3) § 10, ley 6; § 1, ley 16, y ley 18 del mismo título y libro.
(4) §. 4, tit. XVII, lib. IV de estas Inst.

los créditos, *nomina*, ni á las deudas, *æs alienum*; aquellos y estas, con arreglo á la ley de las Doce Tablas estaban divididos *ipso jure* entre todos los coherederos en proporcion de su parte hereditaria (1). Pero deberá guardarse lo que convinieren los interesados cuando estipularen que uno ceda á otro sus acciones en concepto de mandatario, constituyéndole así procurador en su propio negocio (2), ó lo que el juez determinare en el caso de que para evitar los inconvenientes que se siguen algunas veces de dividir un crédito ó una deuda, inconvenientes que hacen mas difícil la exaccion ó el pago, se los adjudique á uno solo condenándole á indemnizar respectivamente á los demás (3). Una vez ejercitada la accion *familiæ erciscundæ*, no puede suscitarse de nuevo entre las mismas personas con respecto á la misma herencia: así es que si en la particion no se hubieren comprendido algunos de los objetos hereditarios, los coherederos deberán obtener la division de ellos por la accion *communi dividundo* (4). La adjudicacion no produce el efecto retroactivo de considerarse hecha al tiempo en que se abrió la sucesion, y por lo tanto el heredero solo es reputado como dueño absoluto desde el dia en que la adjudicacion se verificó; á lo cual es consiguiente que las hipotecas á que está sujeta la cosa durante la indivision, la afecten del mismo modo despues que antes de hacerse las particiones y adjudicaciones (5).

Las prestaciones personales se refieren al pago de aquello á que debe ser condenado el coheredero á quien se adjudicó por las circunstancias particulares que quedan indicadas, una parte de la herencia mayor que la que en rigor le correspondia, y á la obligacion recíproca que tienen los coherederos de participar del lucro, del daño y de las ganancias que resultan de la posesion ó de la administracion de la herencia, respecto á la que cada uno de ellos debe prestar la misma diligencia que en sus cosas prestaria.

Communi dividundo.—Muy semejante es á la accion *familiæ erciscundæ* la de *communi dividundo*: nace tambien de un cuasi-contrato, y puede decirse que se rige por los mismos principios y que produce los mismos efectos (6). Se diferencian, sin embargo, en que aquella se refiere solo á la division de la herencia, al paso que esta es mas general por referirse á todos los casos en que por cualquier causa haya comunion de bienes, ya voluntaria y proveniente de una socie-

---

(1) Ley 6, tit XXXVI, lib. III del Cód.
(2) §. 5, ley 2, tit. II, lib. X del Dig.
(3) Ley 3 del mismo título y libro.
(4) §. 4, ley 20 del mismo título y libro.
(5) §. 8, ley 6, tit. III, lib. X del Dig.
(6) §. 5, tit. XVII, lib. IV de estas Inst.

dad, ya voluntaria y accidental, como cuando diferentes personas son legatarias de una misma cosa, ó cuando ha habido *confusion* de cosas que correspondian á dueños diferentes (1). Aunque por regla general se da la accion *communi dividundo* á los condueños de una cosa (2), se concede tambien como *útil* á los que pueden entablar la accion Publiciana (3), á los que reciben una cosa en prenda (4), y á los usufructuarios (5); pero no á los ladrones ni á los que poseen precaria ú ocultamente (6), ni á los colonos ni á los depositarios aunque posean naturalmente (7). Puede esta accion entablarse entre los mismos que no poseen (8), lo que se funda en que no se trata en ella de posesion, sino de la division del dominio. De lo dicho se infiere que puede definirse la accion *communi dividundô*: *la que compete á uno de los asociados contra los demás para la division de la cosa comun y para ciertas prestaciones personales.*

Finium regundorum.—La accion *finium regundorum*, á que nosotros denominamos de *apeo*, es la que mútuamente tienen los dueños de heredades colindantes para fijar los límites respectivos de cada una. Esta accion trae su orígen de las leyes de las Doce Tablas que establecieron qué mediasen cinco piés entre las heredades vecinas para que los dueños pudieran ir á ellas y dar vuelta al arado; posteriormente la ley Mamilia dispuso que siempre que se suscitasen cuestiones respecto á estos cinco piés, se nombrase como árbitro á un agrimensor que señalara los límites y los fijara con arreglo á su arte: cuando se litigaba acerca de los términos del terreno que no estuviese comprendido en los cinco piés, habia lugar á la reivindicacion. En tiempo del sistema formulario la cuestion de límites era examinada por un juez único á quien auxiliaba un agrimensor.

Del mismo modo que las acciones *familiæ erciscundæ* y *communi dividundo*, la de *finiun regundorum* tiene dos objetos principales, que son: la fijacion de los límites y las condenaciones pecuniarias. Corresponde al juez averiguar los límites por la inspecion de los monumentos ó mojones antiguos, por los informes de los agrimensores y por los registros del censo (9). Averiguados los límites, manda en su caso el

---

(1) Leyes 1 y 2. §. 1, ley 8, tít. III, lib. X del Dig.; y §§. 27 y 28, tít. I, lib. II de estas Instituciones.
(2) §. inicial, ley 4, tít. III, lib. X del Dig.
(3) §. 2, ley 7 del mismo título y libro.
(4) §. 6 de dicha ley 7.
(5) §. 7 de la misma ley.
(6) §. 4 de la misma ley.
(7) §. 11 de la misma ley.
(8) Ley 30 del mismo título y libro.
(9) §. 1, ley 8; y leyes 11 y 12, tít. I, lib. X del Dig.

juez la restitucion del terreno usurpado y la destruccion de las plantaciones ó construcciones que se oponen á la exacta division de las heredades, y si no es obecido, impone una pena pecuniaria al que no cumple sus preceptos (1), por cuya razon esta accion pertenece á la clase de arbitrarios. La condenacion que el juez hace, debe extenderse á los perjuicios á que haya dado lugar el delito del que alteró los mojones ó los hizo desaparecer (2). Además de esto hay una accion popular y penas públicas en caso de que los límites hubieren sido confundidos con mala intencion (3). Es claro que en todas aquellas ocasiones en que la confusion de límites sea por accidente, la accion debe reducirse á la fijacion de los repectivos términos de las heredades. Si presentara dificultades insuperables, ó muy graves al menos, el reconocimiento ó la conservacion de los antiguos límites, el juez podrá señalarlos de nuevo, adjudicando á cada uno de los vecinos la propiedad de las porciones de terreno que la nueva designacion reclame, si bien deberá condenar al que salga beneficiado á pagar al otro una cantidad proporcionada á la utilidad que recibe (4). Aunque por regla general la accion *finium regundorum* corresponde solo al propietario, tambien se concede como *útil* al usufructuario, al enfiteuta y al acreedor pignoraticio (5).

El principio antiguo de que la accion *finium regundorum* era imprescriptible, se modificó despues hasta cierto punto. Siguió siendo imprescriptible esa accion para el efecto de que pudiera pedir cualquiera de los dueños de los predios colindantes que cesase la confusion de los límites, porque seria absurdo que el trascurso del tiempo obligase á los vecinos á no poder dividir sus fincas, aclarando de este modo sus derechos respectivos. Pero cuando se emplea como medio de recobrar parte de un terreno que nos ha sido usurpado, entonces ocupando el lugar de la reivindicacion, tiene la misma duracion que esta, es decir, treinta años.

21 Omnes autem actiones *vel in simplum conceptæ sunt*, vel in duplum, vel in triplum, vel in cuadruplum: *ulteriùs* autem *nulla actio extenditur*.

Todas las acciones se dan para conseguir ó el tanto, ó el doble, ó el triplo, ó el cuádruplo: ninguna accion se extiende á mas. 21

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (Ley 3, tít. VIII, lib. II del Dig.)

---

(1) §. 3, ley 4, tít. 1, lib. X del Dig.
(2) §. 4, ley 4 del mismo título y libro.
(3) Tít. XXI, lib. XLVII del Dig.
(4) § 1, ley 2; ley 3, tít. I, lib. X del Dig.; y § 6, tít. XVII de estas Inst.
(5) §. 9, ley 4, tít. 1, lib. X del Dig.

Comentario.

Vel in simplum conceptæ sunt.—Esta division de acciones, que es la tercera de que habla el Emperador, se refiere al punto de vista aritmético, esto es, á la diferencia que existe entre el interés de la cosa y la condenacion que puede ser ó en ella misma ó en su estimacion, ó en el duplo, triplo ó cuádruplo.

Ulteriùs nulla actio extenditur.—Esto es, ninguna accion se extiende mas allá que á cuatro veces aquello que interesa al actor, si bien lo que interesa al actor puede ser de un valor que supere mas de cuatro veces al daño ocasionado: en este caso la condenacion en los daños y perjuicios causados se entiende solamente que es *in simplum*: así, cuando dice Ulpiano (1) que el que vende un ganado enfermo ó materiales que no estén en buen estado para un edificio, es responsable de todos los perjuicios que por esta razon se originen al comprador, y en otro lugar (2) que si alguno quita á una nave un clavo y de resultas de eso naufraga, estará obligado, con arreglo á un senado-consulto, por razon de todos los daños que se hayan ocasionado, la accion solo es *in simplum*.

22 In simplum agitur, *veluti ex stipulatione*, ex mutui datione, ex emptô venditô, locatô conductô, mandatô, et deniquè ex aliis compluribus causis.

Se consigue el tanto solamente por las acciones que provienen de la la estipulacion, del mútuo, de la compra-venta, de la locacion-conduccion, del mandato y de otras muchas causas. 22

Comentario.

Veluti ex stipulatione.—Cuando uno estipula con su deudor que en un caso dado le pague el duplo ó el triplo, la accion es *in simplum*, porque entonces el duplo ó el triplo forma el objeto mismo de la estipulacion.

In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuriæ ex lege Aquilià, depositi ex quibusdam casibus. Itèm servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consiliôve servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriosè vivere cœperit, aut deniqne quôlibet modô deterior factus

Pedimos el duplo por la accion de hurto no manifiesto, por la de la ley Aquilia, y en algunos casos por la de depósito. Lo mismo sucede con la accion *servi corrupti*, que compete contra aquel por cuyos consejos ó exhortaciones huyó el esclavo ajeno, ó se rebeló contra su dueño, ó se entregó á desórdenes,

(1) Ley 13, tit. I, lib. XIX del Dig.
(2) §. 8, ley 5, tit. IX, lib. XLVII del Dig.

sit: in quâ actione etiam earum rerum, quas fugiendò servus abstulit, æstimatio deducitur (*a*). Itèm ex logatô, quod venerabilibus locis relictum est, secundùm ea, quæ suprà diximus (*b*).

ó se corrompió de cualquier manera: en esta accion entrá tambien la estimacion de las cosas que el esclavo se llevó al huir (*a*). Igualmente se pide el duplo por la accion que compete por razon del legado dejado á lugares venerables, segun lo que antes de ahora queda manifestado (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 190, Com. III; y §§. 9 y 171, Com. IV de sus Inst., y con Paulo, leyes 2 y 10, tít. III, lib. XI del Dig.)

(*b*) Conforme con una constitucion de Justiniano (ya mencionada en el §. 7, tít. XXVII, lib. III de estas Inst.)

24 *Tripli* veró, cùm quidam majorem veræ æstimationis quantitatem *in libelló conventionis* inseruit, ut ex hàc causâ viatores, id est, executores litium, ampliorem summam sportularum nomine exegerint: tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur, ut in hoc triplô et simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio induxit, quæ *in nostrô Codice* fulget, ex quâ dubiô procùl est, *ex lege condicticiam emanare.*

Se da la accion por el triplo contra aquel que al introducir la demanda aumenta su valor para que sea mas considerable el salario proporcional que el demandado pague al encargado de hacer las citaciones: en este caso el demandante debe ser conderado á pagar al demandado una cantidad triple al perjuicio que le haya ocasionado; mas en esta cantidad se comprende el mismo daño. Esto ha sido introducido por una constitucion nuestra que está en nuestro Código, y de la cual, sin duda, se deriva una condiccion *ex lege*. 24

ORIGENES.

Alúdese aquí al §. 2, ley 2, tít. X, lib. III del Cód.

Comentario.

Tripli.—Habia en el antiguo derecho dos acciones que se daban por el triplo, que eran las *furti concepti* y *furti oblati*, como ya dije al tratar del delito de hurto (1).

In libello conventionis.— Cuando hablé de los procedimientos durante el sistema de los juicios extraordinarios, que era el vigente en tiempo de Justiniano, manifesté que se introducia la demanda en un escrito llamado *libellus conventionis,* en el cual el demandante en

(1) En el Com. al §. 4, tít I de este libro IV.

breves razones deducia su pretension, y que el magistrado hacia poner el escrito en manos del demandado por medio de un agente llamado *executor*, al que tambien se denominaba *viator*. Basta lo dicho para la inteligencia de esta parte del texto.

In nostrô Codice.—Alude al primer Código, á que denominó *Justinianeo*, pero esta constitucion se vé tambien en el *repetitœ prœlectionis*, como indico en los orígenes.

Ex lege condicticiam emanare.—La condicion *ex lege* de que se habla en este texto, es *la accion personal que se daba para exigir el cumplimiento de la obligacion introducida por una ley nueva, si esta no expresaba la clase de accion que al efecto competia* (1). No era aplicable al cumplimiento de las acciones pretorias, las cuales se hacian efectivas por una accion *in factum* (2). A las condiciones *ex lege* pertenecian las que se daban para exigir el cumplimiento de un pacto legítimo, para completar la legítima, para revocar las donaciones que excedian de los límites permitidos por la ley, para que el dueño repitiera el precio de lo que habia vendido el poseedor de buena fé haciéndose mas rico, y para otros casos semejantes.

25 *Quadrupli*, veluti furti manifesti (*a*), itèm de eô, quod metus causâ factum sit (*b*), deque eâ pecuniâ, quæ in hoc data sit, *ut is, cui datur, calumniœ causâ negotium alicui faceret, vel non faceret* (*c*), itèm ex lege condicticiâ, à nostrâ constitutione oritur, *in quadruplum* condemnationem imponens *his executoribus litium*, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam exegerint.

Son para conseguir el cuádruplo la accion de hurto manifiesto (*a*), la *quod metus causâ* (*b*), la relativa â las cantidades pagadas para suscitar un pleito á un tercero con objeto de calumniarlo, ó para abandonar un proceso promovido del mismo modo (*c*), y la condiccion *ex lege* establecida por nuestra constitucion, en virtud de la cual se condena en el cuádruplo á los dependientes de justicia que exigieren á los demandados mas de lo que se le debe. 25

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo (§. 189, Com. III, de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 14, tít. II lib. IV del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tít. VI, lib. III del Dig.)

Comentario.

Quadrupli.—A las cuatro acciones *in cuadruplum* de que habla el texto, puede añadirse la de *vi bonorum raptorum*. De todas ellas solo es meramente penal la de *furti manifesti*: las demás son mixtas de *rei* y *pœnœ persecutorias*.

---

(1) Ley única, tít. II, lib. XIII del Dig.
(2) Ley 11, tít. V, lib. XIX del Dig.

Ut is, cui datur, calumniæ causâ negotium alicui faceret, vel non faceret.—El que pagaba á otro para que suscitare pleito á un tercero, quedaba obligado á este en el cuádruplo: del mismo modo que quien habia dado una cantidad para evitar un pleito con que otro injustamente le amenazaba, tenia contra este accion en el cuádruplo.

In quadruplum his executoribus litium.—La accion del triplo, de que se hace mencion en el texto que antecede al que comento, no debe confundirse con la del cuádruplo de que se habla en este. Aquella se daba al demandado contra el demandante que exagerando con malicia su pretension, ponia á la parte contraria en la necesidad de pagar á los llamados *viatores* ó *executores litium* una cantidad superior á la correspondiente en el caso de estar limitada la demanda á sus debidos términos. El cuádruplo de que habla este texto, es para penar á los agentes de justicia que exigieran á los litigantes una cantidad mayor que la fijada en los aranceles.

26 Sed furti quidèm nec manifesti actio, et servi corrupti à ceteris, de quibus simùl locuti sumus, eò differt, quod hæ actiones omnimodò dupli sunt; at illæ, id est, damni injuriæ ex lege Aquiliâ et interdùm depositi, infitiatione duplicantur, in confitentem autem in simplum dantur (*a*); sed illa, quæ de his competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solùm infitiatione duplicatur, sed et, si distulerit relicti solutionem, usque quò jussu magistratuum nostrorum conveniatur, in confitentem verò, et antè, quàm jussu magistratuum conveniatur, solventem, *simpli redditur* (*b*).

La accion de hurto no manifiesto, y la *servi corrupti*, se diferencian de todas las que hemos comprendido en la misma enumeracion, en que siempre se dan por el duplo; pero la de la ley Aquilia, y algunas veces la de depósito, solo se dan por el duplo cuando el demandado niega; si confiesa, son acciones *in simplum* (*a*): En cuanto á la accion relativa á los legados hechos á lugares venerables, compete por el duplo, no solo cuando se niega, sino tambien si se dilata el pago de lo legado, dando lugar el que debe satisfacerlo á ser compelido por el magistrado: mas la accion es solo *in simplum* cuando se confiesa el legado y se paga antes de que el magistrado condene á satisfacerlo (*b*). 26

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§§. 9 y 173, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con una constitucion de Justiniano. (§. 7, ley 45, tít. III, lib. I del Código.)

Comentario.

Simpli redditur.—Algunos intépretes observan con razon que hay inexactitud en esta frase, porque el que ha entregado un legado, no queda sujeto á accion alguna.

27 Itèm *actio de eô, quod metus causâ* factum sit, à ceteris, de quibus simùl locuti sumus, eô differt, quod ejus naturâ tacitè continetur, ut, qui judicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur (*a*). Quòd in ceteris casibus non itâ est, sed omnimodò quisque in quadruplum condemnatur, quod est et in furti manifesti actione (*b*).

La accion *quod metus causâ* se diferencia de las demás que hemos comprendido en la misma enumeracion, en que su naturaleza tácitamente envuelve que el demandado debe ser absuelto cuando restituye la cosa al demandante en virtud de la órden que le intima el juez antes de hacer la condenacion (*a*). No sucede lo mismo en los demás casos; el demandado debe ser condenado en el cuádruplo, como sucede en la accion de hurto manifiesto (*b*). 27

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. 1 y 4, ley 15, tít. II, lib. IV del Dig.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 173, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Actio de eô quod metus causâ.—La accion pretoria *quod metus causâ* se da á todo aquel que en virtud de una violencia grave ha consentido en enajenar ó en constituir derechos en la cosa, ó en contraer ó en disolver obligaciones, y procede tambien contra los que tienen buena fé si han sacado provecho de la violencia. Ni debe parecer extraño que en este caso se dé por el cuádruplo, porque es reprensible la conducta del que menospreciando la órden de juez quiere aprovecharse de las consecuencias de la violencia inferida por otro (1). En el caso de condenacion, el cúadruplo se valuaba teniendo en cuenta todos los perjuicios que el demandante habia sufrido por la violencia.

En las obligaciones contraidas por violencia, el que la habia sufrido podia no solo usar del medio que se acaba de exponer, esto es, entablar contra su contrario la accion *quod metus causâ*, sino tambien esperar ser demandado, y entonces oponer á la demanda la excepcion denominada igualmente *quod metus causâ*.

28 Actionum autem *quædam bonæ fidei* sunt, *quædam stricti juris.*

Hay acciones de buena fé y las hay de derecho estricto. 28

Comentario.

Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris.—Esta division está tomada de la mayor ó menor letitud que en el sistema formulario daba el magistrado al juez en la fórmula, A pesar de haber desapa-

(1) §. 5, ley 14, tít. II, lib. IV del Dig.

recido en el sistema de los juicios extraordinarios, que era el vigente en tiempo de Justiniano, la diferencia entre jueces y magistrados y cuanto hacia relacion á la redaccion de la fórmula, subsistió la distincion entre las acciones de buena fé y las de derecho estricto, porque estaba en la esencia de las cosas, juzgándose en las primeras con mayor amplitud, y consultándose mas á los principios de la equidad que en las segundas en que debia el juzgador sujetarse estricta y escrupulosamente á los principios del derecho civil.

En esta division falta indudablemente un miembro: este es el de las acciones *arbitrarias* de que habla el Emperador en el párrafo treinta y uno de este mismo título.

28 *Bonæ fidei sunt* hæ: *ex emptó vendító*, locatô conductô, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro sociô, tutelæ, commodati, pigneratitia (*a*), *familiæ erciscundæ, communi dividundo*, *præscriptis verbis*, quæ *de æstimató* proponitur, et ea, quæ *ex permutatione* competit, et *hæreditatis petitio*. Quamvis enim usquè adhùc incertum erat, sive inter bonæ fidei judicia connumeranda sit, sive non, nostra autem constitutio apertè eam esse bonæ fidei disposuit (*b*).

Son acciones de buena fé las de compra-venta, locacion-conduccion, gestion de negocios, mandato, depósito, sociedad, tutela, comodato, prenda (*a*), particion de herencia, division de bienes comunes, la *præscriptis verbis* que resulta de un contrato estimatorio ó de la permuta, y la peticion de la herencia, porque aunque hasta aquí se habia dudado si la peticion de la herencia debia enumerarse ó no entre las acciones de buena fé, una constitucion nuestra ha declarado explícitamente que es de buena fé (*b*). 28

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 62, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) La constitucion á que se refiere es la ley 12, tít. XXX, lib. III del Cód., en cuyo §. 3 se halla lo que dice el texto.

Comentario.

Bonæ fidei sunt.—Llamábanse acciones *de buena fé* aquellas en que el juez, siguiendo los principios de la equidad, puede juzgar en vista de las reclamaciones contrarias de los litigantes, que es lo que uno debe dar al otro (1). Por razon de esta latitud que tiene el juez, se aplicó, durante el sistema formulario, á estas acciones el nombre de *arbitrio*, y á los jueces nombrados por el magistrado, el de *árbitros*. No me detengo mas ahora acerca de este punto, porque en uno de los párrafos siguientes lo trata de propósito el Emperador Justiniano.

---

(1) §. 3, ley 2: §. inicial, ley 5, tít. VII, lib. XLVI del Dig; y §. 30 de este mismo título de las Instituciones.

Ex emptô venditô.—Refiere aquí el Emperador las acciones de buena fé, siguiendo en gran parte á Cayo. Conviene, sin embargo, notar las diferencias que existen entre la enumeracion de aquel y la de este para conocer el cambio que hubo de una á otra época. Omitió Justiniano las acciones *fiduciæ* y *rei uxoriæ* puestas entre las de buena fé por Cayo, sin duda porque habia dejado de existir en su tiempo la primera, y la segunda, como luego dice él mismo en el texto siguiente, fué refundida en la accion *ex stipulatu*: y añadió las de *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *præscriptis verbis de æstimatô vel ex permutatione*, y la *peticion de la herencia*. Comprendiendo en estas las acciones *contrarias* y la *ex stipulatu* por razon de dote, resultan veinte y tres acciones de buena fé.

Observando con atencion las acciones de buena fé, se nota que casi todas nacen de contratos ó de cuasi-contratos bilaterales perfectos ó imperfectos, y se conoce la conexion que tiene la doctrina de este texto con la expuesta al tratar de la division de contratos, en donde se manifestó que la que se hacia entre los de buena fé y de derecho estricto, venia á ser la misma de bilaterales y unilaterales. Esto es efecto de que la necesidad de modificar las obligaciones con arreglo á los principios de equidad se deja sentir mas en los asuntos bilaterales que en los otros, porque el cumplimiento mas ó menos exacto de una de las partes puede dar justo motivo para modificar la obligacion por parte de la otra.

Familiæ erciscundæ, communi dividundo.—El haber sido omitidas por Cayo estas acciones entre las de buena fé, debió ser efecto de su carácter particular, puesto que no era necesario que en ellas *la condenacion* correspondiese exactamente á la *intencion*. Justiniano, que no estaba así ligado con las consecuencias del sistema formulario, pudo y debió enumerarlas entre las acciones de buena fé.

Præscriptis verbis, de æstimatô, ex permutatione.—Tampoco en tiempo de Cayo se consideraban las acciones *præscriptis verbis* en la clase de las de buena fé. Comenzóse á dar entrada entre estas á la accion estimatoria primero, y despues á la permuta, por la semejanza que tenian con las que procedian del contrato de compra-venta. De una y otra queda dicho ya lo que conviene á la naturaleza de esta obra, al tratar de los contratos innominados (1). Es de creer que despues se hizo extensiva la consideracion de acciones de buena fé á todas las *præscriptis verbis*.

Hæreditatis petitio.—Las prestaciones personales que lleva consigo esta accion, y que bajo cierto aspecto la aproximan á la de gestion

---

(1) Al finalizar el tit. XIV, lib. III.

de negocios, debieron decidir á Justiniano á dar la declaracion explícita que expone en el texto.

29 Fuerat anteà et *rei uxoriæ actio* ex bonæ fidei judiciis (*a*); sed cùm pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne jus, quod res uxoria antè habebat, cum multis divisionibus, *in ex stipulatu actionem*, quæ de dotibus exigendis proponitur, *trastulimus*: meritò, rei uxoriæ ctione sublatâ, ex stipulatu, quæ pro eâ introducta est, naturam bonæ fidei judicii tantúm in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam (*b*): præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cùm ipsa mulier de dote suâ experiatur, cujus solius providentiâ hoc induximus (*c*).

La accion *rei uxoriæ* era antiguamente una de las enumeradas entre las de buena fé (*a*); pero como encontráramos nosotros mas ventajas en la accion *ex stipulatu*, suprimiendo muchas divisiones hemos traspasado á la accion *ex stipulatu* relativa á la restitucion de la dote, todos los efectos que tenia antes la accion *rei uxoriæ;* de modo que suprimida esta, la *ex stipulatu* que la reemplaza, ha tomado el carácter de accion de buena fé solo en lo que concierne á la restitucion de la dote. Hemos además dado á la mujer una hipoteca tácita (*b*) y la preferencia sobre los demás acreedores hipotecarios en el caso de que sea ella la que reclame por su dote, por cuya consideracion solamente hemos concedido este beneficio (*c*). 29

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 62, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) La constitucion á que aquí alude el Emperador es la ley única, tít. XIII, libro V del Código, en cuyos §§. 1 y 2 establece la doctrina que en el texto refiere.
(*c*) Alude al §. 1 de su constitucion, que es la ley 12, tít. XVII, lib. VIII del Código.

Comentario.

Rei usoriæ actio.—No trataré aquí de la constitucion, ni de la restitucion de la dote, ni de su naturaleza, ni de la hipoteca tácita que tiene la mujer, materias de que ya he hablado en los lugares oportunos; solo explicaré la accion que compete para la restitucion. Mas antes es de advertir que no debe confundirse la accion *rei uxoriæ ex stipulatu* de que en este texto se habla, con la *ex stipulatu* que tiene el marido para pedir la dote que se le ofreció y no se le dió: la de que aquí se trata se refiere á la restitucion de la recibida, cuando el matrimonio se disuelve.

Bajo este punto de vista habia una accion denominada *rei uxoriæ*, la cual podia ejercitarse por todo aquel que tenia derecho de pedir la restitucion, cualquiera que fuese la clase de la dote. Sucedia, á veces sin embargo, que los que tenian el derecho de restitucion en su caso, no bastante satisfechos con esta accion, estipulaban del ma-

rido la restitucion de la dote. Estas son las acciones *rei uxoriæ* y *ex stipulatu* de que habla el texto. Diferentes eran los efectos que producian una y otra accion: en la de *rei uxoriæ* el marido contra quien se dirigia, podia hacer diferentes retenciones; no debia ser compelido á restituir las cosas cuya apreciacion en el comercio se hace por su número, peso y medida, sino en el espacio de tres años, satisfaciendo una tercera parte en cada uno; solo estaba obligado á la restitucion inmediata de las cosas que se le habian dado determinadamente sin estimacion que hiciera venta, y nunca podia ser condenado á devolver mas que cuanto buenamente pudiera, *quantum facere posset*, es decir, que gozaba del *beneficio de competencia*. Agregábase á esto que la accion no era trasmisible á los herederos de la mujer, á no ser que hubiera habido demora en la restitucion por parte del marido, y que en el caso de que este hubiere dejado por última voluntad alguna cosa á la mujer, en virtud de un edicto llamado *de alterutrô*, tenia esta que optar entre la accion *rei uxoriæ* y las que pudieran competirle en virtud de la voluntad postrimera del cónyuge premortuo (1). Nada de esto sucedia con la accion *ex stipulatu*, accion de derecho estricto trasmisible á los herederos, y en virtud de la cual debia cumplir el marido con todo rigor su promesa.

In ex stipulatu actionem translulimus.—Justiniano al hacer de las dos acciones *rei uxoriæ* y *ex stipulatu* una sola accion, denominándola *ex stipulatu*, conservó en esta muchos de los efectos antiguos que tenia la *rei uxoriæ*: tales son el de que se considerara de buen fé, dando al marido un año para la restitucion de los objetos dotales que no fueran inmuebles, y conservándole el beneficio de competencia. De cualquier modo que se hubiera disuelto el matrimonio, y cualquiera que fuera el orígen de la dote, competia esta accion á la mujer y á sus herederos (2).

30 In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici *ex bonô et æquô* æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quô et illud continetur, ut, si quid invicèm actorem præstare oporteat, *eô compensatô*, *in reliquum* ei is, cum quo actum est, condemnari debeat (a). Sed et *in strictis judiciis* ex rescriptô divi Marci, oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio

En las acciones de buena fé tiene el juez libre potestad de estimar, con arreglo á la equidad, qué es lo que el demandado debe dar al demandante. En virtud de esta facultad, si ambos litigantes se deben mútuamente alguna cosa, el juez, compensando la deuda del uno con la del otro, solo condena al demandado en el exceso de lo que debe al demandante (a). En las acciones de derecho estricto se admitia tambien 30

(1) §§. 6 y siguientes, tit. VI de las Reglas de Ulpiano.
(2) Ley única, tit. XIII, lib. V del Cód.

eas compensationes, quæ *jure aperto nituntur*, latiùs introduxit, ut actiones *ipsó jure minuant*, *sive in rem*, *sive personales*, sive alias quascumque, *exceptá solá depositi actione*: cui aliquid compensationis nomine opponi, satis impium esse credidimus, ne, sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur (*b*).

la compensacion por medio de una excepcion, en virtud de un rescripto del Emperador Marco Aurelio. Pero una coństitucion nuestra ha dado mayor extension á la compensacion, cuando se funda en un derecho claro, estableciendo que por sí misma y de pleno derecho limite las acciones, bien sean reales, bien personales ó de cualquier otra clase, exceptuando solamente la de depósito, porque nos ha parecido odioso que el depositario pueda evitar á pretesto de compensacion la restitucion de las cosas que le han sido confiadas (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 61, Com. IV de sus Inst.)

(*b*) Alude aquí el Emperador á una Constitucion suya, que es la ley 14, titulo XXXI, lib. IV del Cód.

Comentario.

Ex bonô et æquô.—Con repeticion he dicho que en las acciones de buena fé, el juez, atendiendo à los principios de equidad, obraba con mayor latitud al fijar los derechos respectivos.

Eô compensatô, in reliquum.—La compensacion es la comparacion del débito y del crédito entre sí, para que solo se repute deuda la cantidad que venga á representar la diferencia entre una y otro suma. Por derecho antiguo, en las acciones de buena fé siempre tenia lugar la compensacion, sin necesidad de que el magistrado revistiera al juez de un poder especial para admitirla. Por el contrario, en las acciones *stricti juris* el juez no admitia la compensacion, sino en el caso de que como excepcion estuviera inserta en la fórmula.

In strictis judiciis.—Durante el sistema formulario, en las acciones de derecho estricto la autoridad del juez se limitaba rigurosamente á la fórmula que recibia del magistrado, y en tanto, como queda dicho, podia admitir la compensacion, en cuanto se hubiera contenido como excepcion en la fórmula.

Jure apertô nituntur.—Para que tenga lugar la compensacion es necesario que sea evidente el derecho del deudor que á su vez alega que á él se debe, por lo cual es menester que no solamente sea justa y verdadera la deuda, sino tambien que sea líquida y que su prueba no dé lugar á dilaciones en perjuicio del demandante. Por esto encarga

el Emperador Justiniano (1) que los jueces no sean demasiado propensos á admitir compensaciones que produzcan el efecto de involucrar y confundir el derecho del demandante: si se presentaren algunas de esta clase, deberá el juez reservarlas para otro juicio, no dilatando entre tanto administrar justicia al que la reclama.

Ipsô jure minuant.—Quiere esto decir que opuesta y admitida la compensacion, en virtud misma de la ley, la accion queda desvanecida ó disminuida desde aquel momento en la cantidad concurrente, y que por lo tanto, respecto de esta, el deudor se liberta de la obligacion desde que empezó á deberse por ambas partes (2). Esta doctrina es muy interesante, y especialmente con relacion á las acciones que competen al acreedor, que desde el expresado tiempo se entiende que caducan ó que se disminuyen, del mismo modo que la cosa principal á que estaban adherentes: en este caso se hallan las usuras, las fianzas, las prendas y las hipotecas (3). Por lo tanto si uno debiera á otro una cantidad que habia recibido en mútuo sin usuras, y el deudor de esta suma á su vez hubiese prestado al acreedor otra cantidad con usuras, no se deberian intereses respecto á la cantidad concurrente desde el dia en que efectivamente hubiera existido la deuda por ambas partes (4).

Sive in rem, sive personales.—Entiéndese esto en el caso de que las deudas sean compensables, lo que solo puede suceder cuando una y otra versan acerca de cosas que se estiman en el comercio por su peso, número ó medida. Respecto á las demás no procede la compensacion, porque no pueden ser exactamente representadas las unas por las otras.

Exceptâ solâ depositi actione.—La naturaleza del depósito dado solo para custodia, y que realmente no trasmite al depositario ningun derecho *en* la cosa, exige esta excepcion recomendada en el texto con razones de tan alta moralidad.

31 Præterea *quasdam actiones* ARBITRARIAS, id est, ex arbitriô judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitriô judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel *ex noxali causâ* servum dedat, condemnari debeat (*a*). Sed istæ ac-

31 Además hay algunas acciones que se llaman *arbitrarias*, es decir, dependientes del arbitrio del juez: en ellas solo se condena al demandado si en virtud de la órden del juez no satisface al demandante, bien restituyéndole la cosa, bien exhibiéndola, bien pagando, bien entregando

(1) §. 1, ley 14, tit. XXXI, lib. IV del Cód.
(2) Ley 4 del mismo título y libro.
(3) Leyes 4 y 12 del mismo título y libro.
(4) Ley 11 del mismo título y libro.

tiones tàm in rem, quàm in personam inveniuntur. *In rem:* veluti Publiciana, Serviana, de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam: veluti quibus de eô agitur, quod aut metus causâ, aut dolô malô factum est, itèm quâ id, *quod certô locô promissum est*, petitur. Ad exhibendum quoquè actio ex arbitriô judicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur judici ex bonô et æquô, secundùm cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodùm actori satisfieri oporteat (*b*).

al esclavo en noxa (*a*). De esta clase de acciones hay unas que son reales, otras personales: reales, como las acciones Publiciana, Serviana respecto á las cosas del colono, cuasi-Serviana, que tambien se llama hipotecaria: personales, por ejemplo, las acciones intentadas por lo que se ha hecho á consecuencia de miedo, ó de dolo, y la accion por la cual se pide lo que se ha prometido en un lugar determinado. La accion *ad exhibendum* es tambien arbitraria. En todas estas acciones y en las demás semejantes á ellas, el juez tiene facultad, con arreglo á la equidad y segun la naturaleza particular de cada objeto, de apreciar la manera con que debe ser satisfecho el demandante (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 14, tit. II, lib. IV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 68, tit. II, lib. VI del Dig.)

Comentario.

Quasdam actiones arbitrarias.—No deben confundirse las acciones arbitrarias con las de buena fé y de derecho estricto, de las que esencialmente se diferencian. Respecto á las dos últimas clases el juez, comprobada que sea la *intencion*, debe proceder inmediatamente á condenar al demandado tomando por regla ya la equidad, ya los principios rigurosos del derecho civil. En las acciones arbitrarias no sucede lo mismo, sino que el juez antes de hacer condenacion alguna, debe prevenir al demandado que satisfaga al demandante, y solo proceder á la condenacion cuando este se niegue á obedecerle ó trate al menos de eludir sus preceptos. De modo que puede decirse que este precepto del juez, denominado *jussus* ó *arbitrium*, de donde vino el nombre á las acciones, precepto que precedia á la condenacion y que la evitaba cuando se mostraba sumiso al demandado, es el distintivo característico de las acciones arbitrarias. Durante el sistema formulario el magistrado autorizaba al juez á dar esta órden, por las fórmulas *nisi exhibeat*, *nisi restituat*. En el sistema de los juicios extraordinarios, aunque desapareció el uso de la fórmula, quedó, sin embargo, permanente el carácter constitutivo de la accion ar-

bitraria; así, el juez en las acciones de esta clase despues de haber arbitrado con arreglo á los principios de la equidad lo que debia darse al demandante, no pasaba á pronunciar la sentencia sin que precediera una órden ó arbitrio, como dice el texto, para que el demandado satisfaciese en el término que prefijaba, y solo cuando no lo hacia, procedia la condena.

Ex noxali causâ.—Dejo la cuestion de si son ó no arbitrarias las acciones noxales, para cuando de propósito trata de ellas mas adelante el Emperador.

In rem.—Pertenecen á la clase de acciones arbitrarias no solo la Publiciana, Serviana y cuasi-Serviana de que habla especialmente el texto, sino todas las acciones reales tanto civiles como pretorias.

Quod certô locô promissum est.—No tratando aquí de las demás acciones personales, á que el texto da la calificacion de *arbitrarias*, por haberlo hecho ya en otros lugares, me limitaré á hablar de la accion por la que uno pide en diferente lugar lo que se le ha ofrecido dar en otro determinado, que es á la que aluden las palabras del texto que comento. Un ejemplo, al cual se aplique el derecho en los diferentes casos, servirá para inteligencia de esta accion. Ticio estando en Roma estipula dar á Seyo en Constantinopla cien aureos: llega el dia prefijado, y no hallándose Ticio en esta última ciudad, no puede ser demandado por Seyo, el cual se ve en la precision de ir á entablar su accion en Roma que es el punto en que el estipulante se halla (1). Podria suceder en este caso que la demanda introducida por Seyo si se limitaba meramente á la cantidad prometida, no comprendiera todo lo que á él interesaba, porque se viese obligado á sufrir el quebranto y los gastos que le ocasionara la traslacion de la expresada suma á Constantinopla que era donde la necesitaba: en este caso si tuviere Seyo que entablar la accion que nacia de la estipulacion, accion de derecho estricto, se veria en la alternativa, ó de renunciar á la indemnizacion del perjuicio que se le ocasionaba, ó de pedir mas de lo que se le debia, incurriendo así en la rigurosa pena de la *plus peticion* por razon de la cantidad, de que se hace cargo el Emperador en uno de los párrafos siguientes. Por otra parte, aun suponiendo que Seyo no pidiera mas cantidad que la que realmente se habia estipulado, podia pretender Ticio que al pedirle los cien aureos en Roma se le causaba perjuicio, puesto que su interés estaba en darlos en Constantinopla, donde los tenia disponibles, y por lo tanto que Seyo pedia mas por razon del lugar, y debia así perder su derecho. El pretor, con objeto de hacer posible al acreedor el ejercicio de su accion demandando al

---

(1) Ley 1, tit. IV, lib. XIII del Dig.

deudor en otro lugar que aquel que se habia indicado para el pago, y librarlo del peligro de la *plus peticion*, concedió la accion *in factum de eô quod certô locô*, accion que pertenecia á la clase de arbitrarias, porque era arbitraria la fórmula con que originariamente se introdujo; en su virtud el juez de Roma, tomando en consideracion la diferencia de lugares y las circunstancias del caso, señalaba la suma que Ticio debia dar á Seyo, cantidad que debia pagarse en Roma, y si se sometia Ticio á su precepto pagando la suma ó dando caucion de hacerlo en Constantinopla, debia ser absuelto (1). No era necesario usar de la accion *de eô quod certô locô*, cuando al hacerse primitivamente la estipulacion se hubiera comprometido Ticio á indemnizar á Seyo, si no le pagaba en Constantinopla los cien aureos en que habian convenido, porque la condicion *incerti* que tenia lugar en este caso, no presentaba los peligros de la *plus peticion*. Lo que se ha dicho respecto á las acciones que nacen de la estipulacion, acciones de derecho estricto, es con mayor razon extensivo á las de buena fé (2).

Finalmente, recordaré que segun se expuso en otro lugar, tambien era arbitraria la accion *finium regundorum*.

32 Curare autem debet judex, ut omnimodò, *quantum possibile ei sit*, *certæ pecuniæ vel rei* sententiam ferat, *etiam si de incertâ quantitate* apud eum actum est.

Debe procurar el juez, en cuanto le sea posible, condenar al demandado á una suma fija de dinero ó á una cosa determinada, aun en el caso de que la accion tenga por objeto una cosa indeterminada. 32

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 52. Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Quantum possibile ei sit.—Estas palabras modifican el principio general que se enuncia en el texto, á saber, que el juez debe hacer la condenacion en una cosa ó cantidad cierta, pues no es siempre posible hacerlo así, como sucede en el caso de que se haya prometido dar una de dos cosas, porque como entonces la eleccion es del deudor, no puede el juez quitarle esta facultad condenándole en una suma determinada.

Certæ pecuniæ vel rei.—Ya se ha visto que durante el sistema formulario siempre debia ser pecuniaria la condenacion del demandado, *certæ pecuniæ*, y que en el sistema de los juicios extraordinarios la condenacion podia hacerse tambien en la misma cosa demandada,

(1) §§. inicial y 8, ley 2; ley 3; y §. 1, ley 4, tít. IV, lib. XIII del Dig.
(2) §. inicial, ley 7, tít. IV; §. 1, ley 16, tít. V, lib. XIII del Dig.; y ley 22, tít. XXII, lib. V del Cód.

vel rei. La conveniencia de que sea cierta la cosa ó cantidad expresada en la sentencia, aparece desde luego; de otro modo al terminarse un pleito se daria orígen á otro nuevo.

Etiàm si de incertâ quantitate.—Estas palabras cuadran de lleno á las obligaciones de hacer, en las que, si no se ha ejecutado el hecho, la peticion debe ser para aquello que interese, porque, como en otro lugar he manifestado, las obligaciones de hacer en caso de inejecucion vienen á convertirse en otras de daños é intereses (1). En estos casos el juez para pronunciar su sentencia fijando una suma cierta, deberá tomar antes conocimiento de los perjuicios que se siguen al actor, y condenar en ellos al demandado (2). La sentencia que no comprende una cantidad ó una cosa cierta, cuando ha sido posible fijarlas, es nula y nunca produce autoridad de cosa juzgada (3).

33 Si quis agens *in intentione* suâ plus complexus fuerit, quàm ad eum pertineret, causâ cadebat, id est, rem amittebat, nec facilè in integrum à prætore restituebatur (*a*), nisi minor erat viginti quinque annis. Huic enim sicùt in aliis causis causâ cognitâ succurrebatur, si lapsus juventute fuerat, ità et in hac causâ succurri solitum erat (*b*). Sanè, si tàm magna causa justi erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiàm majori viginti quinque annis sucurrebat: veluti si quis totum legatum petierit, post deindè prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint, quæ efficiebant, ut plus petisse videretur petitor, quàm dodrantem, atque ideò lege Falcidiâ legata minuebantur (*c*).

Si un demandante comprendiere en la *intencion* mas de lo que se le debia, incurria en la pérdida de su causa, esto es, en la pérdida de su derecho, y el pretor no le concedia fácilmente la restitucion (*a*), á no ser que fuera menor de veinticinco años. En este caso, como en otros, se le socorria con conocimiento de causa si habia errado por la inexperiencia de la edad (*b*). Sin embargo, el mayor de veinticinco años conseguia igualmente el beneficio de restitucion, cuando habia sido inducido á un error, en el cual pudiera haber incurrido tambien el hombre mas experimentado: así sucedia cuando un legatario demandaba la totalidad de su legado y se descubrian despues codicilos que revocaban una parte de él, ó que daban legados á otras personas, de modo que el heredero se hallaba en el caso de aplicar la ley Falcidia, y se encontraba por lo tanto que el legatario habia pedido mas de las tres cuartas partes (*c*). 33

(1) §. 1, ley 13, tít. I, lib. XLII del Dig.
(2) Ley única, tít. XLVII, lib. VII del Cód.
(3) Leyes 3 y 4, tít. XLVI, lib. VII del Cód.

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo. §. 53, Com. IV de sus Inst.)
(b) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 7, tít. IV, lib. IV del Dig.
(c) Conforme con Ulpiano. §. 9, ley 26, tít. VI, lib. IV del Dig.

Comentario.

In intentione.—Al tratar del sistema formulario se ha visto que en la parte de la fórmula llamada *intencion*, *intentio*, debia manifestarse con toda precision el derecho *en* la cosa *ó á* la cosa que servia de base al litigio. Este derecho era el que debia probar el demandante; el que no lo probaba tan completamente como estaba deducido en la *intencion*, perdia el pleito, porque como el juez no podia salir de los límites que le estaban marcados en la fórmula, debia pronunciar la absolucion siempre que no encontrara que los términos de la *intencion* eran iguales á los de la prueba. Esta absolucion implícitamente contenia la pérdida del derecho del demandante para siempre, porque la *litis-contestacion*, en virtud de la novacion que causaba, habia absorbido el derecho deducido, y de consiguiente este derecho antiguo que estaba extiguido, no podia ser fundamento de una accion nueva. Tan rigurosa doctrina, sin embargo, solo tenia lugar en las acciones reales, en las cuales se requeria designar determinadamente toda la cosa ó la parte de la cosa demandada, y en las acciones personales cuya *intencion* era cierta. En las acciones personales en que la *intencion* era incierta, no habia semejante peligro, como se infiere de la misma fórmula con que se otorgaba, y mucho menos cuando se trataba de acciones de buena fé en que á las palabras *quicquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere*, se agregaban las de *ex bonâ fide* ú otras semejantes.

33 Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, locô, causâ. Re, veluti si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit, aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majore ex parte suam esse intenderit. Tempore: veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Quâ ratione enim, qui tardiùs solvit, quàm solvere deberet, minus solvere intelligitur, eâdem ratione, qui præmaturè petit, plus petere videtur. Locô plus petitur: veluti cum quis id, quod certô locô sibi stipulatus est, aliô locô petit,

Pídese mas, de cuatro maneras: 33
ó por razon de la cosa, ó por razon del tiempo, ó por razon del lugar, ó por razon de la causa. Por razon de la cosa, por ejemplo, si alguno pidiere veinte aureos en lugar de diez que se le debian, ó si el que era dueño de una cosa en parte, la pidiere toda ó mayor porcion que la que realmente era suya. Por razon del tiempo, por ejemplo, si alguno pidiese antes de cumplirse el término ó de llegar la condicion: en efecto, por la misma razon que el que paga demasiado tarde, parece

sine commemoratione illius loci, in quô sibi dari stipulatus fuerit, verbi gratiâ, si is, qui ità stipulatus est. EPHESI DARI SPONDES? Romæ purè intendat dari sibi oportere. Ideò autèm plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor. si Ephesi solveret (*a*), adimit ei purâ intentione: propter quam causam aliô locô petendi arbitraria actio proponitur, in quâ scilicèt ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illô locô solveret. Quæ utilitas plerumquè in mercibus maxima invenitur, veluti vinô oleô, frumentô, quæ per singulas regiones diversa habent pretia: sed et pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fenerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est eô locô petat, quô ut sibi detur, stipulatus est, purâ actione rectè agit: idque etiàm prætor monstrat, scilicèt quia utilitas solvendi salva est promissori (*b*). Huic autem, qui locô plus peterè intelligitur, proximus est is, qui causâ plus petit: ut eccè, si quis ità à te stipulatus sit, HOMINEM STICHUM AUT DECEM AUREOS DARE SPONDES? deindè alterutrum petat, veluti hominem tantùm, aut decem aureos tantùm. Ideò autem plus petere intelligitur, quia in eô genere stipulationis promissoris est electio, utrùm pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantùm, vel hominem tantùm sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, et eô modô suam quidem meliorem conditionem facit, adversarii verò sui deteriorem. Quâ de causâ talis in eâ re prodita est actio, ut quis intendat, hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est ut eôdem modô peteret, quô sibi stipulatus est. Prætereà si quis generalitèr homi-

que paga menos de lo que debe, el que pide prematuramente parece que pide mas de lo que se le debe. Por razon del lugar, por ejemplo, si alguno despues de haber estipulado que se le haga un pago en lugar determinado, lo pide en otro sin hacer mencion del antes señalado para el cumplimiento de la obligacion: v. gr. si aquel que estipuló así: ¿ME OFRECES DAR EN ÉFESO? pidiese simplemente en Roma la cosa prometida. Dícese que en este caso se pide mas, porque se quita al promitente la utilidad que tendria de hacer el pago en Éfeso (*a*). Por esta razon si quiere demandar en otro lugar, se le concederá una accion arbitraria, en la cual se tendrá consideracion á las utilidades que resultarian al promitente en el caso de que hubiese hecho la solucion en el lugar convenido. Esta utilidad aparece mas claramente cuando la cosa debida es vino, aceite ó granos cuyo valor varía segun los diferentes lugares; pero ni aun el dinero contante produce en todas partes las mismas usuras. Si el acreedor entabla su demanda en Éfeso, esto es, en el lugar en que el deudor le ofreció pagar, está en su lugar la introduccion de la accion pura y simplemente, y esto es lo que manifiesta el pretor en su edicto, porque en tal caso conserva el deudor toda su ventaja (*b*). Semejante al que pide mas por razon del lugar, es el que pide mas por razon de la causa, por ejemplo, si el que hubiere estipulado así, ¿ME OFRECES DAR EL ESCLAVO STICO Ó DIEZ AUREOS? despues pidiere una sola de las dos cosas, ó el esclavo ó los diez aureos; hay *plus peticion* en tal caso, porque corresponde en este género de estipulacion la eleccion al promitente, y por lo tanto el que pretende que se le

nem stipulatus sit, et specialitèr Stichum petat, aut generalitèr vinum stipulatus, specialitèr Campanum petat, aut generalitèr purpuram stipulatus sit, deinde specialitèr Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quàm quod peteretur. Quin etiàm, licèt vilissimum sit, quos quis petat, nihilominùs plus petere intelligitur: quia sæpè accidit, ut promissori facilius sit illud solvere, quod majoris pretii est (*c*).

dé precisamente el dinero ó precisamente el esclavo, quita á su contrario la eleccion, y al mismo tiempo que mejora su condicion, hace peor la del adversario. Existe por este motivo en tal caso una accion para que se pida ó el esclavo ó los diez aureos, de suerte que la peticion se ajuste á la promesa. Incurre tambien en *plus peticion* el que habiendo estipulado generalmente que se le diera un esclavo, pidiera determinadamente el esclavo Stico, ó habiendo estipulado vino en general, pidiera despues vino de Campania, ó habiendo estipulado tambien en general que se le diese púrpura, la pidiere despues de Tiro, porque quita á su contrario la eleccion que le compete en virtud de la estipulacion. Aun en el caso de que el acreedor pida de las cosas prometidas la de menos valor, se entiende que pide mas, porque frecuentemente sucede que el deudor tenga mas facilidad de darle la de mayor precio (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Tít. X, lib. I de sus Sent.)
(*b*) Conforme con Cayo. (Leyes 1 y 3, tít. V, lib. XIII del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 63, Com. IV de sus Inst.)

33 Sed *hæc* quidem *anteà in usu fuerant*: posteà autèm lex Zenoniana et nostra rem coarctavit. Et si quidèm tempore plus fuerit petitum, quid statui oportet, *Zenonis* divæ memoriæ *loquitur constitutio* (*a*); sin autem *quantitate vel aliô modô plus fuerit petitum*, omne, si quid fortè damnum ex hâc causâ acciderit ei, contra quem plus petitum fuerit, commissâ tripli condemnatione, sicùt suprà diximus puniatur (*b*).

Lo que acabamos de decir estaba antiguamente en uso; pero una constitucion del Emperador Zenon y otra nuestra han mitigado este rigor. Cuando haya *plus peticion* por razon del tiempo, deberá estarse á lo prevenido por el Emperador Zenon, de gloriosa memoria (*a*); pero si la *plus peticion* ha sido en la cantidad ó de cualquier otro modo, y resulta de ella un perjuicio al deudor, el demandante deberá ser condenado en el triplo del daño que le haya inferido, como hemos dicho anteriormente (*b*). 33.

ORIGENES.

(a) La constitucion del Emperador Zenon, á que aquí se alude, es la ley 1, título X, lib. III del Cód.
(b) Esta constitucion es la ley 2, tít. X, lib. III del Cód.

Comentario.

Hæc anteà in usu fuerant.—Los principios de la *plus peticion* que estuvieron en vigor durante el sistema formulario, se modificaron en el de los juicios extraordinarios. En este tiempo ya no podia haber cuestion acerca de la *intencion* de las fórmulas, porque ni estas se hallaban vigentes, ni continuaban separadas las atribuciones de los jueces y magistrados. *Plus peticion* era entonces toda exageracion en la demanda que se habia formulado en el escrito llamado *libellus conventionis* (1).

Zenonis loquitur constitutio.—La constitucion del Emperador Zenon á que se refiere el texto, queda citada en los orígenes; establece que el demandante que antes de tiempo entabla su accion, sufra una dilacion doble de la que primitivamente correspondia, sin que tenga derecho á reclamar los intereses que corran en el intervalo, ni pueda reproducir su accion, á no ser que reembolse al demandado de todos los gastos ocasionados en la instancia que entabló antes de tiempo.

Quantitate vel aliô modô plus fuerit petitum.—La constitucion de Justiniano, citada tambien en los orígenes, establece que el demandante indemnice al demandado en todos los otros casos de *plus peticion*, pagándole el triple valor de los perjuicios ocasionados, y especialmente del exceso de los salarios que se hubiere visto precisado á satisfacer á los *executores litium* ó *viatores*.

34 Si minus in intentione complexus fuerit actor, quàm ad eum pertineret, veluti si, cùm ei decem deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit, aut, cùm totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, *sine periculô agit*: in reliquum enim nihilominùs judex adversarium in eôdem judiciô ei condemnat, ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.

Si el demandante hubiere comprendido en la *intencion* menos de lo que se le debia, como sucederia en el caso de que debiéndosele diez solo pidiera cinco, ó si siendo suya toda una heredad demandara únicamente la mitad de ella, no corre peligro alguno, porque el Emperador Zenon, de gloriosa memoria, decidió que el juez pudiera concederle en el mismo juicio la parte que habia dejado de reclamar. 34

---

(1) §. 2, ley 2, tít. V, lib. III del Cód.

ORIGENES.

La constitucion á que el texto alude es la ley 1, tít. X, lib. III del Código en su §. 3.

Comentario.

Sine periculô agit.—En tiempo de Cayo (1) el demandante que comprendia en la *intencion* menos de lo que se le debia, tampoco perdia el derecho de reclamar la diferencia entre lo solicitado y lo verdaderamente debido; pero si hacia reclamacion alguna acerca de esto durante la misma pretura, podia ser excluida su demanda por la excepcion denominada *litis dividuæ.* El Emperador Zenon estableció que semejante omision no causara el menor perjuicio al demandante, el cual sin entablar nueva accion y en el mismo juicio podria obtener la diferencia entre lo debido y lo pedido; medida cuya justicia salta á la vista.

35 Si quis aliud pro aliô intenderit, *nihil eum periclitari* placet, sed in eôdem judiciô, cognitâ veritate, errorem suum corrigere permittimus, veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamentô sibi dari oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

Si alguno pide una cosa por otra, no corre el menor peligro, porque reconocido que sea el error puede repararse en el mismo pleito; así sucede si el que tiene derecho para pedir el esclavo Stico pide el esclavo Erotes, ó si pudiendo demandar á otro por consecuencia de una estipulacion, lo hiciera como por efecto de un testamento. 35

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 55, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Nihil eum periclitari.—No por esto quedará exento de pagar los gastos ó costas judiciales en que el error de su demanda haya comprometido al dumandado (2).

Sunt prætereà quædam actiones, quibus non solidum, quod debetur, nobis persequimur, sed *modò solidum* consequimur, *modò minus.* Ut

Hay además algunas acciones en virtud de las cuales unas veces obtenemos todo lo que se nos debe, y otras menos, como sucede cuando

(1) §. 56, Com. IV de sus Inst.
(2) §. inicial, ley 79, tit. I, lib. V del Dig.

eccè, si *in peculium filii servive* agamus. Nam si non minus in peculiô sit, quàm persequimur, in solidum pater dominusve condemnatur; si verò minus inveniatur, hactenùs condemnat judex, quatenùs in peculiô sit (*a*). Quemadmodùm autèm peculium intelligi debeat, suô ordine proponemus.

demandamos por razon del peculio del hijo de familia ó del esclavo. Porque si el peculio contiene todo lo que demandamos, el señor ó el padre es condenado por el todo; mas si el peculio no alcanza á cubrir lo pedido, la condenacion solo se extiende á lo que en el peculio cabe (*a*). Propondremos en su lugar oportuno cómo debe ser valuado el peculio.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 12, tít. XXVI, lib. IV del Cód.)

Comentario.

Modò solidum, modò minus.—Esta division de acciones, quinta que el Emperador introduce en el presente título, está tomada bajo el punto de vista de la moderacion de la condena que se imponga en la sentencia.

In peculium filii servive.—Antes de ahora se ha hablado ya con bastante extension del peculio de los hijos de familia y de los esclavos: en el lugar á que en el final de este texto se refiere el Emperador Justiniano, acabará de explicarse del todo esta materia.

37 Itèm si de dote judiciô mulier agat, placet, hactenùs maritum condemnari debere, *quatenùs facere possit*, id est, quatenùs facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur; si minus, in tantum, quantum facere potest (*a*). *Propter retentionem* quoquè *dotis repetitio minuitur;* nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipsô jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet (*b*).

Cuando la mujer entabla accion por razon de su dote, en tanto debe ser condenado el marido, en cuanto pueda pagar, es decir, en cuanto sus facultades lo permitan: de suerte que si en estas cabe que pague toda la dote, debe ser condenado *in solidum*; y sino, en tanto cuanto pueda (*a*). El marido puede hacer retenciones que disminuyan la repeticion de la dote por razon de los gastos verificados en las cosas dotales, porque los gastos necesarios disminuyen la dote en virtud del mismo derecho, como puede verse en los mas extensos libros del Digesto (*b*). 37

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 12, tít. III, lib. XXIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 9, tít. VI de sus Reglas.)

Comentario.

Quatenùs facere possit.— Hay algunos casos en que el demandado no puede ser condenado mas que hasta donde alcancen sus facultades, á lo que se llama por los intérpretes de una manera no clásica *beneficio de competencia*, del cual se ha hecho mencion en otros lugares. El beneficio de competencia conocido ya en tiempo de Labeon, como se infiere de un fragmento de Pomponio que se halla inserto en el Digesto (1), fué introducido por la práctica, adoptado por el derecho pretorio, y confirmado por los Emperadores. Este beneficio se da unas veces por razon de la causa, y otras por consideracion á la persona, en cuyo caso puede decirse que es una especie de privilegio.

Por razon de la causa lo concedió á los donantes el Emperador Antonino Pio, el cual estableció además que tuvieran el derecho de deducir de su patrimonio lo que debian (2): amplióse despues el beneficio á que pudieran reservarse lo que necesitaban para su subsistencia, favor que en lo sucesivo alcanzó á todos los que gozaban del beneficio de competencia, es decir, á todos los que no podian ser condenados sino *in id quod facere possent*.

Por razon de las personas se concede el beneficio de competencia ya por los vínculos de parentesco ó de afeccion que las unen, ya por razon de reverencia, ya por último, por motivos de piedad. Así es que se otorga á los descendientes respecto á sus ascendientes, á los hermanos entre sí, á los patronos y á sus ascendientes y descendientes respecto á los libertos, á los socios mútuamente, á los que han hecho cesion de sus bienes, al marido *sui juris*, ó al padre del marido que está sujeto á potestad cuando se le pide la restitucion de la dote, y á la mujer ó á su padre á quienes se demanda la dote. El Emperador Antonino Pio extendió este beneficio á toda clase de créditos entre marido y mujer, á excepcion de los que fueran resultado de un delito (4). De algunos de los casos en que hay lugar al beneficio de competencia, habla el Emperador en el texto que sigue. El beneficio de competencia es personal, y por lo tanto no se trasmite á los herederos, ni á los que están obligados accesoriamente.

El deudor á quien se aplica el beneficio de competencia queda libre del exceso de la deuda; de modo que si mejorare de fortuna en lo sucesivo, no puede ser obligado á completar el pago que no hizo por entero; sin embargo, en las acciones que nacen de la sociedad y de

(1) §. inicial, ley 18, tit. III, lib. XXIV del Dig.
(2) Ley 12, tit. X, lib. XXXIX: ley 20; y §. 3. ley 41, tit. I, lib. XLII del Dig.
(3) Ley 20, tit. I, lib. XLII del Dig.

la restitucion de dote (1), este beneficio no se concedia sino obligándose el deudor por estipulacion á pagar el resto cuando pudiera.

Propter retentionem dotis repetitio minuitur.—Si la dote consiste en metálico, el marido solamente puede ser obligado á la restitucion con deduccion de las impensas necesarias: si consiste en cualquiera otra cosa, podrá retenerla hasta ser indemnizado de ellas. Antes de Justiniano el marido tenia tambien el derecho de retencion por razon de las impensas útiles, con tal que no se hubieran hecho contra la voluntad de la mujer (2); pero Justiniano lo suprimió, dejando solo al marido para su indemnizacion la accion de mandato ó la de gestion de negocios (3). Respecto á las impensas voluntarias solo tiene el marido el derecho de sacar las que puedan serle útiles, sin perjudicar, sin embargo, á los bienes de la mujer.

38 Sed et, si quis cum parente suô patronôve agat, itèm si *socius cum sociô* judiciô societatis agat, non plus actor consequitur, quàm adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione suâ conveniatur.

Si alguno entabla demanda contra un ascendiente, ó contra un patrono, ó contra un socio por razon de la sociedad, no puede conseguir de su contrario mas que la condenacion en lo que este puede pagar. Lo mismo sucede cuando es demandado un donante para el cumplimiento de la donacion. 38

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Leyes 16 y 17, tít. I, lib. XLII del Dig.)

Comentario.

Socius cum sociô.—El socio de todos los bienes goza siempre del beneficio de competencia (4). Los demás socios solo cuando se trata de la accion de sociedad (5).

39 *Compensationes* quoquè oppositæ plerumquè efficiunt, ut minus quisque consequatur, quàm ei debebatur: namque ex bonô et equô, habitâ ratione ejus, quod invicèm actorem ex eâdem causâ præstare oporteret, in reliquum eum, cum quô actum est, condemnare, sicut jam dictum est.

Las compensaciones opuestas por el demandado ocasionan comunmente que el demandante consiga menos de lo que se le debia, porque el juez, atemperándose á la equidad, atiende á las reclamaciones recíprocas que oponen las partes acerca de la misma causa, y no condena al demandado mas que en la diferencia, como ya hemos dicho anteriormente: 39

(1) §. 7, ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.
(2) §. 1, ley 79, tít. XVI, lib. L del Dig.
(3) §. 1, ley única, tít. XIII, lib. V del Cód.
(4) Ley 16, tít. I, lib. XLII del Dig.
(5) §. inicial, ley 63, tít. II, lib. XVII del Dig.

ORIGENES.

Conforme con Cayo. (§. 61, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Compensationes.—Ya queda explicado en el párrafo treinta y uno del presente título lo que conviene para la inteligencia de este lugar.

40 Eum quoquè, qui creditoribus suis bonis cessit, si posteà, aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integrô in id, quod facere potest, creditores cum eô experiuntur: inhumanum enim erat, spoliatum fortunis suis in solidum damnari

Cuando un deudor que ha hecho cesion de sus bienes, adquiere despues otros de alguna consideracion, los acreedores, demandándole de nuevo, no pueden conseguir que sea condenado en mas de lo que pueda pagar, porque seria inhumano condenar por el todo al que estaba despojado de sus bienes. 40

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Leyes 4 y 6, tít. III, lib. XLII del Dig.)

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Prolijo seria mi trabajo si tuviera que hacer aquí un exámen detenido de todas y de cada una de las acciones que están contenidas en este título, y notar todas las diferencias que hay entre nuestras leyes y las romanas, diferencias que en gran parte se explican por las doctrinas expuestas antes de ahora. Por esto haré solo algunas indicaciones generales para que pueda descender despues el que lo desee, al exámen comparativo de uno y otro sistema.

Tratar detenidamente de nuestra organizacion judicial y del modo proceder en las distintas clases de tribunales, de juicios y de instancias, y compararlo todo con el derecho romano, me llevaria muy lejos de mi propósito. Baste decir que nuestro actual sistema de organizacion judicial y de procedimientos guarda mucha mas analogía y semejanza con el de los juicios extraordinarios que con los demás, sin que por esto dejen de verse en él como en el romano vestigios del sistema formulario que tan honda huella ha dejado en las leyes y en la jurisprudencia de los pueblos modernos.

Fijando la atencion en las divisiones capitales de las acciones, de que en este título se ha hecho mérito, y dando por desechada la de civiles y pretorias inaplicable á nuestro derecho, como en otras ocasiones queda indicado, se observa desde luego que entre nosotros, por declaracion de la ley, hay acciones mixtas de reales y de personales (1). A esta clasificacion de acciones mixtas se refieren las de division de la herencia, de division de la cosa comun, de apeo, de peticion de herencia, de querella de testamento inoficioso, la Pauliana, la *ad exhibendum*, las noxales y las de peculio.

La division de acciones en *rei persecutorias pœnæ-persecutorias* y mixtas, no se halla establecida en nuestro derecho, ni cuadra tampoco al sistema de nuestras leyes en materia criminal, puesto que, como con repeticion se ha dicho, las penas pecuniarias por razon de los delitos no son aplicables entre nosotros á la parte perjudicada, sino al fisco. Aun en los mismos casos en que la ley civil establece que se dé al perjudicado mayor cantidad que la que representa la cosa objeto del juicio, ó el daño que se le ha ocasionado, como sucede cuando el demandado niega el depósito miserable ó cuando se trata del daño que era entre los romanos objeto de la ley Aquilia, está admitido sin contradiccion en la práctica que no haya lugar á tales aumentos: así, la accion civil se limita solamente á la devolucion del depósito ó á la reparacion del daño ocasionado, sin perjuicio de la accion criminal que con arreglo al Código penal pueda en su caso entablarse. De lo que dejo dicho se infiere que no existen entre nosotros las acciones *in simplum, in duplum, in triplum* é *in quadruplum* que adoptaron las leyes romanas.

El derecho español no reconoce la diferencia entre acciones de buena fé y de derecho estricto. Todas las acciones entre nosotros son de buena fé, en el sentido que los romanos daban á esta palabra: las acciones arbitrarias tampoco existen, y para convencerse de ello basta observar que toda sentencia, de que no se apela, pronunciada por un juez en negocio civil, causa ejecutoria.

Pasando de estas reglas generales á las acciones en particular, puede decirse que por regla general y con ligeras excepciones están todas calcadas sobre las romanas; que el principio repetidamente enunciado de que las convenciones sérias y deliberadas, sin necesidad de las fórmulas de la estipulacion, son obligatorias, simplifica mucho la teoría relativa á las acciones personales; que las penas establecidas en algunos casos por nuestras leyes de Partida respecto á la *plus peticion*, no están en práctica, pero que en todo caso se ha de indem-

(1) Ley 5, tít. VIII, lib. XI de la Nov. Rec., que es la 73 de Toro.

nizar al demandado de los perjuicios que le origina el exceso cometido por el demandante; y por último, que las doctrinas de retencion de la dote por razon de los gastos, solo podrán ser admisibles en aquellos puntos en que por fueros especiales no rija la sociedad legal de gananciales entre los cónyuges, institucion de que he hablado en su lugar oportuno.

TITULUS VII.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

TITULO VII.

De los contratos celebrados con las personas que están en potestad ajena.

Atendidos los principios rigurosos del derecho civil, ninguno se obligaba por el hecho ó acto de otro. Consecuencia de esto era que si bien el padre y el señor adquirian á su favor las obligaciones de los hijos y de los esclavos, no se obligaban á su vez por las que provinieran de actos ó contratos que estos celebraran. El derecho pretorio vino á corregir el rigor del derecho civil, estableciendo medios eficaces en virtud de los cuales pudieran ser compelidos en algunas ocasiones los dueños ó los señores al cumplimiento de las obligaciones contraidas por los hijos ó por los esclavos. En este título se comprenden las acciones denominadas *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, *de peculiô* y *de in rem versô*, acciones que no tienen un carácter especial, y que verdaderamente carecen de existencia propia, pero que se adhieren siempre á otras acciones, es decir, á aquellas que nacen del contrato ó del acto celebrado con el esclavo ó con el hijo y que directamente se darian contra ellos si tuvieran los hijos y esclavos personalidad propia. Por esto es que los intérpretes denominan á estas acciones *adjectitiæ qualitatis*.

Quia tamèn superiùs mentionem habuimus de actione, quæ in peculium filiorum-familias servorumve agitur: opus est, ut de hâc actione, et de ceteris, quæ eorumdem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentiùs admoneamus. Et quia, sivè cum servis negotium gestum sit, sivè cum his, qui in potestate parentis sunt, *ferè eadem jura servantur*, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi domini-

Habiendo hecho anteriormente mencion de la accion relativa al peculio de los hijos de familia y de los esclavos, es necesario que examinemos con mayor diligencia esta accion, y las demás que suelen darse contra los padres ó los señores en lo tocante á los hijos ó á los esclavos. Y como se observan casi las mismas reglas respecto á los actos de los esclavos que respecto á los de los hijos de familia, para evitar

que, idem intellecturi de liberis quoquè et parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his propriè observatur, separatim ostendemus.

proligidad hablaremos solamente de los señores y de los esclavos, entendiéndose lo que de ellos digamos extensivo á los descendientes y á los ascendientes que los tienen en su potestad. Si hay alguna cosa especial respecto á estos últimos, la expondrémos con separacion.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 69, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Ferè eadem jura servantur.—La palabra *ferè* está puesta aquí con oportunidad, porque no siempre es igual el derecho respecto á las obligaciones de los hijos de familia y á las de los esclavos. En efecto prescindiendo del senado-consulto Macedoniano, de que en este mismo título habla el Emperador, y de otras diferencias menos importantes, se observa que los esclavos no se obligan civilmente en sus contratos (1), y por el contrario, que los hijos de familia se obligan civilmente como si fueran padres de familia.

1 Si igitur *jussu domini* cum servô negotium gestum erit, in solidum prætor adversùs dominum actionem pollicetur, scilicèt quia, qui ità contrahit, fidem domini sequi videtur.

Si alguno contratare con un esclavo que hubiere recibido órden de su señor al efecto, el pretor promete una accion contra el dueño por la totalidad de la obligacion, porque el que contrae así sigue la fé del dueño. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 70, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Jussu domini.—Aunque lo regular es que la órden del dueño, *jussus*, preceda á la obligacion del esclavo, sin embargo, habrá tambien lugar á la accion *quod jussu*, que es el nombre que se da á la de que habla este párrafo, en el caso de que el dueño ratifique el contrato que el esclavo hizo sin su mandato, porque la ratificacion equivale á la órden (2). Pero si el esclavo fuera solo un instrumento en manos de su señor, reduciéndose su intervencion á actos puramen-

(1) Ley 14, tít. VII, lib. XLIV del Dig.
(2) §. 6, ley 1, tít. IV, lib. XV del Dig.

te materiales, entonces no habrá lugar á la accion *quod jussu*, sino á otra que directamente se dirigirá contra el dueño, que es el verdadero contratante (1).

2 *Eâdem ratione* prætor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc locum habet, cùm quis servum suum *magistrum navis præposuerit*, et quid cum eô ejus rei gratiâ, præpositus erit, contractum fuerit. Ideò autem exercitoria vocatur, quia *exercitor* appellatur is, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cùm quis tabernæ fortè aut cuilibet negotiationi servum præposuerit, et quid cum eô ejus rei causâ, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideò autem institoria appellatur, quia, qui negotiationibus præponuntur *institores* vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, *etsi liberum* quis *hominem*, aut alienum servum navi aut tabernæ aut cuilibet negotiationi præposuerit, scilicèt quia eadem æquitatis ratio etiam eô casu interveniebat.

Por la misma razon el pretor promete otras dos acciones para conseguir la totalidad: de ellas la una se llama *exercitoria*, y la otra *institoria*. La accion *exercitoria* tiene lugar contra aquel que ha puesto su nave bajo la direccion de un esclavo, el cual ha contraido obligaciones relativas á la comision que se le dió. Esta accion se llama *exercitoria*, porque se da el nombre de *exercitor* á aquel á quien pertenecen los beneficios diarios de la nave. La accion *institoria* tiene lugar contra el que ha puesto al frente de una tienda ó de otra cualquier negociacion á un esclavo que ha contraido alguna obligacion acerca del objeto que tenia á su cargo. Llámase esta accion *institoria*, porque se da el nombre de *institores* á los que están puestos al frente de negociaciones. El pretor concede estas dos acciones aun en el caso de que el que esté puesto al frente de la nave, del establecimiento ó de la negociacion, sea hombre libre ó esclavo ajeno, porque concurre aun entonces la misma razon de equidad. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 71, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Eâdem ratione.—El Emperador dice al final del párrafo que precede al que comento, que la accion *quod jussu* fué introducida por el pretor, porque el que contraia con el esclavo autorizado debidamente por su señor, se entendia que seguia la fé de este: los mismos motivos, pues, asistieron al pretor para introducir las acciones *exercitoria* é *institoria*, porque el que contrata con un esclavo á quien su

(1) §. inicial, ley 5, tit. IV, lib. XV del Dig.

señor ha puesto al frente de un establecimiento ó de una negociacion, se entiende que contrata con el mismo dueño.

Magistrum navis præposuerit.—La frases *magister navis* equivale á las nuestras de *capitan, maestre* ó *patron*; denominaciones que se aplican á las personas encargadas de la nave, si bien la primera se refiere generalmente á los que dirigen buques que hacen viajes de largo curso, y las otras dos á los que mandan naves menores destinadas al comercio de cabotaje.

Exercitor.—Esta palabra corresponde á la nuestra de *naviero*, es decir, la persona bajo cuyo nombre y responsabilidad corre la expedicion de una nave mercante, sea ó no el dueño de ella: así cuando el dueño de una nave en vez de despacharla, tripularla y armarla por su cuenta, la alquila á otra persona para que esta lo haga, no es naviero el propietario de ella, sino el que la toma en alquiler (1), que es á quien corresponden sus utilidades diarias.

Institores.—La palabra *institor*, como dice Ulpiano, trae su etimología *ex eô quod negotio gerêndo instet* (2), y equivale á las nuestras de *factores* y *mancebos de comercio*, porque comprende tanto á los que están destinados para hacer compras, ventas y demás negocios mercantiles, como á los que en nombre ó por cuenta de otros dirigen establecimientos de comercio, y á los encargados del despacho de géneros en ellos (3). La accion *institoria* solo se aplica á las negociaciones mercantiles: cuando se trata de un acto aislado de comercio no há lugar á ella sino á otra análoga *ad exemplum institoriæ* (4), lo mismo que sucede en las negociaciones que no son mercantiles (5).

Etsi liberum hominem.—Indiferente es que la persona puesta al frente de la nave ó del establecimiento sea padre ó hijo de familia, adulto ó mayor de edad, libre ó esclavo, y en este último caso, propio de aquel de quien recibió el encargo ó ageno; y respecto á un establecimiento, que sea varon ó hembra (6). La declaracion que se hace en las palabras que comento, es interesante, porque atendidos los principios rigurosos del derecho civil, el mandatario desempeñaba en su propio nombre la comision que se le conferia, sin que el mandante quedara obligado, pero por medio de las acciones *exercitoria* é *institoria*, dió el pretor medios de reclamar directamente contra el mandante, doctrina que sucesivamente se fué haciendo extensiva á toda clase de mandatos.

---

(1) §. 15, ley 1, tit. I, lib. XIV del Dig.
(2) Ley 3, tit. III, lib. XIV del Dig.
(3) Ley 5; y §. 1, ley 5 del mismo título y libro.
(4) Ley 5, tit. XXV, lib. IV del Cód.
(5) §. inicial, ley 19, tit. III, lib. XIV del Dig.
(6) §. 4, ley 1, tit. I; y §. 1, ley 7 del mismo título y libro.

3 Introduxit et aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque, si servus in peculiari merce, sciente dominô, negotietur, et quid cum eô ejus rei causâ contractum erit, ità prætor jus dicit, ut, quicquid in his mercibus erit, quodque indè receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro ratâ portione distribuatur. Et quia ipsi domino distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quàm oportuerit, *hanc ei actionem accommodat*, quæ tributoria appellatur.

El pretor introdujo tambien otra accion llamada *tributoria*, porque si un esclavo negocia con el peculio sabiéndolo su señor, y contrae por esto una obligacion, el pretor establece que todo el fondo del comercio y los beneficios que de él provengan se dividan á prorata entre el dueño, si se le debe alguna cosa, y los demás acreedores del esclavo; y como el dueño es el que debe hacer esta distribucion, si alguno de los acreedores se queja de ella, tiene contra el mismo la accion tributoria. 3

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 72, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Hanc ei actionem accommodat.—En tanto há lugar á la accion tributoria contra el dueño del esclavo que hizo la distribucion, en cuanto haya obrado con dolo no dando á alguno de los acreedores la parte que proporcionalmente le correspondiera (1).

4 Prætereà introducta est actio de peculiô deque eô, quod in rem domini versum erit, ut, quamvis *sine voluntate domini* negotium gestum erit, tamen, *sive quid in rem ejus versum fuerit*, id totùm præstare debeat, sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenùs præstare debeat, quatenùs peculium patitur (*a*). In rem autem domini versum intelligitur, *quicquid necessariò in rem ejus impenderit* servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus eam solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus fuerit. Itaque si ex decem utputâ aureis, quos

Además el pretor ha introducido la accion de peculio y de *in rem versó*. Así, aunque el esclavo haya contratado sin voluntad de su señor, este, si el contrato le ha sido provechoso, quedará obligado hasta donde alcance la utilidad: si no le ha sido de utilidad alguna, aun quedará el dueño obligado hasta la concurrencia del peculio (*a*). Entiéndese por hecho en utilidad del señor todo lo invertido por el esclavo en las cosas del señor que necesariamente lo requerian, por ejemplo, si ha tomado dinero en mútuo para pagar con él á sus acreedores ó para reparar los edificios que se arruinaban, ó comprado 4

(1) §§. 2 y 5, tit. IV, lib. XIV del Dig.

servus tuus à Titiô mutuos accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos verò quinque quôlibet modô consumpserit, pro quinque quidèm in solidum damnari debes, pro ceteris verò quinque eatenùs, quatenùs in peculiô sit: ex quô scilicèt apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse (*b*). Licèt enim *una* est *actio*, quâ de peculiô deque eô, quod in rem domini versum sit, agitur tamèn duas habet condemnationes. Itaque judex, apud quem de eâ actione agitur, antè dispicere solet, an in rem domini versum sit, nec alitèr ad peculii æstimationem transit, quàm si aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum (*c*). Cùm autem quæritur, quantum in peculiô sit, *antè deducitur,* quicquid servus domino, quive in potestate ejus sit, debet, et quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquandò tamen id, quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculiò: veluti si is in hujus ipsius peculiô sit. Quod eò pertinet, ut si quid *vicario suo* servus debeat, id ex peculiô ejus non deducatur (*d*).

granos para su casa, ó adquirido una heredad ú otra cosa que fuera necesaria. Así, en caso de que tu esclavo hubiere tomado prestados de Ticio diez aureos, y empleando cinco en pagar á uno de tus acreedores gastare los otros cinco de cualquier modo, debes ser condenado *in solidum* por los cinco empleados en tu utilidad, y por los otros cinco solo en cuanto quepa en el peculio: de aquí se infiere que estarás obligado á pagar íntegramente á Ticio los diez aureos, si todos ellos se convirtieron en tu utilidad (*b*); porque aunque hay una sola accion para entablar la demanda de *peculio* y de *in rem verso*, esta accion contiene dos condenaciones. Por esto el juez, ante quien se entabla la accion, debe examinar primeramente si la obligacion del esclavo se ha convertido en beneficio de su dueño, y no pasará á la estimacion del peculio, á no ser que nada se haya convertido en utilidad del señor, ó solo le haya sido el préstamo provechoso en parte (*c*). Cuando se trata de estimar el valor del peculio se deduce ante todo lo que el esclavo debe á su señor ó á las personas que están sometidas á la potestad de este: solo lo que resta se conceptúa como peculio. Algunas veces, sin embargo, no se deduce del peculio lo que el esclavo debe á otros que están sometidos á la potestad de su señor; asi sucede si aquellos á quienes debe, están en su mismo peculio, como sucede con los esclavos vicarios (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (Ley 1, tít. V, lib. XIV del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 3, y §§. inicial y 2, ley 5, tít. III, lib. XV del Dig.
(*c*) Conforme con Cayo. (§. 74, Com. IV de sus Inst.)
(*d*) Tomado de Cayo. (§. 73 del mismo Comentario.

Comentario.

Sine voluntate domini.—La accion, de que en este texto se habla, se refiere á actos ejecutados no absolutamente sin la voluntad del señor, porque, como repetidas veces se ha dicho, en el mero hecho de conceder el dueño al esclavo un peculio, le permite tácitamente obligarse. Por esto las palabras *sine voluntate domini* deben entenderse sin la voluntad expresa ó especial para el negocio en que el esclavo se ha obligado, palabras fijadas así en el texto para contraponer la accion de *peculiô* é *in rem versô* á las *quod jussu*, *exercitoria* é *institoria* que provenian de la voluntad expresa del dueño, manifestada relativamente á un negocio especial ó á otros generales.

Sive quid in rem ejus versum fuerit.—Cuando el hecho obligatorio del esclavo ha producido utilidad á su señor, justo es que este responda de cuanto le ha sido provechoso. Por esto es que aun en el caso de que el esclavo no tuviera peculio, habria derecho de reclamar contra el dueño por la parte en que se hubiera utilizado de la obligacion del esclavo (1).

Quicquid necessariò in rem ejus impenderit.—La palabra *necessariò* tiene aquí una significacion mas lata que lo que generalment le señalan el idioma y el derecho, porque no se limita á los gastos comunmente llamados necesarios, sino que se extiende á los útiles (2), si bien respecto á ellos solo deberá imputarse al señor el precio verdadero de lo adquirido en su provecho, al mismo tiempo que en los gastos necesarios se atendrá al precio convencional (3).

Una actio.—Justiniano presenta como una sola accion las de *peculiô* y de *in rem versô*, siguiendo á Cayo en cuyo tiempo habia una sola fórmula al efecto. De creer es que cuando escribió este jurisconsulto, en la *intencion* de la fórmula se manifestaba la obligacion contraida por el esclavo, y en la *condenacion* se autorizaba al juez para condenar al dueño por la parte de provecho que hubiese sacado de la obligacion, ó por la cantidad á que ascendiera el peculio, ó finalmente, por la utilidad que hubiera el dueño percibido, y en cuanto excediese la obligacion hasta la concurrencia del peculio. Sin embargo, conviene advertir que algunas veces era necesario entablar solamente la accion de *in rem versó*, como sucedia, por ejemplo, cuando el esclavo no tenia peculio, ó habia muerto, ó se temia que los acreedores del peculio se presentasen en concurrencia del que tenia obligado al dueño por haberse convertido en su utilidad el contrato. Infiérese

---

(1) §. inicial, y 1, ley 1, tít. III, lib. XV del Dig.
(2) §. 2, ley 5 del mismo título y libro.
(3) §. inicial de dicha ley 5.

de aquí que estas acciones unas veces se presentaban como una sola, y otras como diferentes. La accion de peculio llevaba á la tributoria la ventaja de que el que habia sido pagado en virtud de ella, nada tenia que ver son los otros acreedores del peculio que se presentaban despues, lo que no sucedia en la tributoria, en virtud de la que aquel que era pagado, debia dar caucion de traer á distribucion, en el caso de que se presentasen otros acredores, lo mismo que habia recibido.

Antè deducitur.—No pudiendo haber con arreglo al derecho civil obligaciones entre el señor y el esclavo, el derecho pretorio vino á modificar este rigor en los términos que expone el texto.

Vicario suo.—En otros lugares he manifestado que se llamaban esclavos *vicarios* los que constituian parte del peculio de otro esclavo.

5 Ceterùm dubium non est, qui is quoquè, *qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit*, de peculiô, deque eô, quod in rem domini versum est agere possit: *sed erit stultissimus*, si omissâ actione, quâ facillimè solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, et tantùm habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoquè, cui tributoria actio competit, æque de peculiô et in rem versô agere potest (*a*): sed sanè huic modò tributoria expedit agere, modò de peculiô et in rem versô. Tributoria ideò expedit agere, quia in eâ domini conditio præcipua non est, id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus et ceteri creditores: at in actione de peculiô antè deducitur, quod domino debetur, et in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur (*b*). Rursùs de peculiô ideò expedit agere, quod in hâc actione totius peculii ratio habetur, at in tributoriâ ejus tantùm, quod negotiatur, et potest quisque tertiâ fortè parte peculii aut quartâ vel etiam minimâ negotiari, majorem autem partem in prædiis et

Es indudable que aquel que ha contraido con el esclavo que habia recibido al efecto órden de su dueño, y aquel á quien compete la accion institoria ó exercitoria pueden igualmente entablar la de peculio y de *in rem versô*; pero serán muy necios si omitiendo la accion en virtud de la que pueden conseguir fácilmente todo lo que se les debe por consecuencia del contrato, se exponen á la dificultad de probar que el contrato se ha convertido en utilidad del señor, ó que el esclavo tiene un peculio suficiente para pagarles toda la deuda. Tambien aquel á quien compete la accion tributoria puede entablar igualmente la de peculio (*a*) y de *in rem versô*, pero á este unas veces es mas útil entablar la tributoria, y otras la de *in rem versô*. Le es mas útil entablar la accion tributoria, porque en ella el señor no es de mejor condicion que los otros acreedores, esto es, no se deduce lo que se le debe, y es igual á todos los demás; pero en la accion de peculio se deduce antes lo que se debe al dueño, y este solo es condenado respecto al acreedor del esclavo en lo que resta del peculio (*b*). Por otra parte el acreedor tiene interés en entablar la 5

mancipiis, aut fenebri pecuniâ habere. Proùt ergo expedit, ità quisque vel hanc actionem vel illam eligere debet: certè, qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem versô agere debet (*c*).

accion de peculio, porque todo el peculio es objeto de ella, mientras que la accion tributoria solo recae en la parte del peculio destinada á comerciar, y el esclavo puede no haber puesto en el comercio mas que la tercera, la cuarta ó una mínima parte del peculio, teniendo empleada la mayor parte de él en heredades, esclavos ó dinero dado á interés. Cada uno, pues, debe elegir entre estas acciones la que mas le convenga; pero aquel que pueda probar que la utilidad del negocio ha sido toda para el dueño del esclavo con quien contrató, debe entablar la accion de *in rem versó* (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo (§. 74, Com. IV; de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tít. IV, lib. XVI del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo. (§. 74, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit.—Aquellos á quienes corresponden las acciones de *peculiô* y de *in rem versô*, no tienen siempre la de *quod jussu*, la *exercitoria*, la *institoria* y la *tributoria*, sino cuando, con arreglo á lo que se ha explicado en los párrafos anteriores, haya lugar á cada una de ellas. Pero cualquiera que tenga una de estas últimas acciones puede intentarla ó preferir las de *peculiô* y de *in rem versô*, eligiendo la que mejor le convenga, atendidas las circunstancias particulares del caso. Es tan clara la explicacion que de esto hace Justiniano en el texto, que no necesito detenerme en ella.

Sed erit stultissimus.—Empléase aquí esta frase, porque solo puede calificarse de necedad ó de locura la eleccion de una accion menos ventajosa cuando hay otras que conducen á mejores resultados, mucho mas considerando que en el acto de elegir una accion se extinguen las otras.

6 Quæ diximus de servô et dominô *eadem intelligimus* et de filiô et filiâ aut nepote, et patre avôve, cu-
7 jus in potestate sunt (*a*). Illud propriè servatur in eorum personâ

Lo que hemos dicho del esclavo 6
y del señor es aplicable al hijo y á la hija, al nieto y á la nieta y al padre y al abuelo en cuya potestad están (*a*). Obsérvase, sin embargo, 7

quod senatus-consultum *Macedonianum* prohibuit, *mutuas pecunias dari* eis, qui *in parentis* erunt *potestate*; et ei, qui crediderit, denegatur actio, tàm adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve (sive adhùc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint), quàm adversùs patrem avumve, sive habeat eos adhùc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideò senatus prospexit, quia sæpè onerati ære alienô creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur (*b*).

respecto á estos que el senado-consulto Macedoniano prohibió dar dinero en mútuo á los que estaban en potestad de sus ascendientes: á aquel que lo diere se niega toda accion contra el mismo hijo ó hija, nieto ó nieta (bien estén constituidos en potestad, bien se hayan libertado de ella por la muerte del padre ó por la emancipacion), del mismo modo que contra el padre ó el abuelo, bien los tenga en potestad ó bien los haya emancipado. Decidiólo así el senado, porque frecuentemente los hijos de familia, agobiados con las deudas del metálico que consumian en desórdenes, atentaban á la vida de sus ascendientes (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 4, ley 1, tít. IV, lib. XVI del Dig.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tít. VI, lib. XIV del Dig.)

Comentario.

Eadem intelligimus.—Repítese aquí la misma idea enunciada en el párrafo inicial de este título.

Senatus-consultum Macedonianum.—Tácito refiere este senado-consulto al imperio de Claudio, y Suetonio dice que su autor fué Vespasiano. Pudo suceder muy bien, segun la conjetura de Pedro Fabro, que Vespasiano que obtuvo el consulado en el imperio de Claudio lo propusiera al senado; resultando de aquí que unos se lo atribuyeran al cónsul proponente y otros al príncipe. Pothier es de opinion que establecido el senado-consulto por primera vez en tiempo de Claudio, fué renovado despues en el de Vespasiano. En otro lugar (1) he dicho que este senado-consulto es el único que recibió la denominacion del hombre que con su maldad dió lugar á que se estableciera. No se sabe si este nombre era de un usurero célebre ó de un hijo de familia entregado á toda clase de desórdenes; de cualquier modo el senado-consulto quiso reprimir la avaricia de los usureros y consultar á la moralidad de los hijos.

Mutuas pecunias dari.—Limítase la prohibicion del senado-consulto

(1) En el comentario al §. 3, tít. II, lib. I de estas Inst.

Macedoniano al contrato de mútuo cuando consiste en dinero, pero no alcanza á los demás contratos, á no ser que se hagan en fraude del senado-consulto (1). Indiferente es para que tenga fuerza que se haya prestado el dinero con usuras ó sin ellas (2). Pero no por esto debe creerse que está despojado de toda accion el que presta dinero á un hijo de familia que por razon de estudios, ú otra causa loable se halla ausente de la casa paterna, y necesita lo que toma en mútuo para sus gastos indispensables, con tal que el que se le dé, no exceda de lo que sin duda no le negaria, si estuviera presente, un padre dotado de prudencia (3). Es claro que el senado-consulto no tiene lugar en el caso de que el dinero recibido en mútuo se haya convertido en utilidad del padre (4), y mucho menos cuando este haya consentido en el préstamo (5).

In parentis potestate.—Como los hijos en el peculio castrense y cuasi-castrense se reputan como padres de familia, no se extiende á ellos, en cuanto alcance dicho peculio, la prohibicion del senado-consulto Macedoniano (6), del que está completamente libre el que se halla militando (7).

8 Illud in summâ admonendi sumus, id, quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, *directò* quoquè *posse à patre dominôve condici*, tamquàm si principalitèr cum ipsô negotium gestum esset. Ei quoquè, qui vel exercitoriâ vel institoriâ actione tenetur, directò posse condici placet, quia hujus quoquè jussu contractum intelligitur.

Por último, debemos advertir que lo que se puede pedir al padre ó al señor por la accion *quod jussu* ó por la de *in rem versó*, puede tambien solicitarse por la condiccion directamente, como si se hubiera contratado con el padre ó con el señor en persona. Podemos tambien entablar directamente la condiccion contra aquel á quien tenemos facultad de perseguir por la accion exercitoria ó institoria, puesto que por órden suya se ha contraido la obligacion. 8

ORIGENES.

Conforme con Labeon. (Ley 84, tít. II, lib. XVII, del Dig.)

(1) §. 3, ley 7, tít. III, lib. XIV del Dig.
(2) §. 9 de dicha ley 7.
(3) §. 13, ley 7 del mismo título y libro; y ley 5, tít. XXVIII, lib. IV del Cód.
(4) §. 12 de dicha ley 7.
(5) §. 11 de dicha ley 7; y ley 12 del mismo título y libro.
(6) §. 3, ley 1; y ley 2 del mismo título y libro.
(7) §. 1, ley 7, tít. XXVIII, lib. IV del Cód.

Comentario.

Directò posse à patre dominôve condici.—Los jurisconsultos introdujeron la condiccion en este caso, dando así además del medio indirecto que antes existia en virtud del derecho pretorio, otro medio directo. La condiccion no nace en este caso del contrato en que ha tenido parte el esclavo. Para comprender mejor esto, debe observarse que la *condiccion* en el siglo mas floreciente de la jurisprudencia tomó una extension de que antes carecia, pues se concedió contra los que de cualquier modo se hubieran enriquecido con perjuicio de otro, y contra aquellos que sin tomar parte en un contrato, hubieran, sin embargo, ejercido una influencia tal que moviera á las partes á celebrarlo por la confianza que habian hecho que la una tuviera en la otra (1). Hé aquí la razon por que cuando la utilidad habia sido para el señor, *de in rem versô*, ó cuando el esclavo habia estado especialmente autorizado para contratar, *quod jussu*, ó generalmente cuando habia lugar á las acciones *exercitoria* ó *institoria*, se daba la *condiccion* contra el dueño. Respecto de las acciones *tributoria* y de *peculiô* no concurrian los motivos que en los casos en que correspondian las *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria* y *de in rem versô* dieron orígen á la *condiccion*; por esto Justiniano no habla aquí de las primeras.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

De las diversas materias que comprende este título solo se encuentran expresamente establecidas en nuestras leyes las que entre los romanos daban lugar á las acciones exercitoria é institoria, y al senadoconsulto Macedoniano.

Las mismas obligaciones que producian por derecho romano las acciones exercitoria é institoria, recaen entre nosotros sobre los comitentes en virtud de los contratos celebrados por los factores y mancebos de comercio, y sobre los navieros en virtud de las obligaciones contraidas por los capitanes, patronos, ó maestres (2), con arreglo á las leyes comunes y á las mercantiles que desenvuelven muy especialmente esta clase de contratos.

Las leyes de Partidas (3) admiten las mismas doctrinas que las romanas respecto al mútuo contraido por los hijos de familia; mas

(1) Leyes 25 y 32, tít. I, lib. XII del Dig.
(2) Ley 7, tít. XXI, Part. IV; ley 7, tít. I, Part. V; y artículos 177, 178, 179, 191 y 621 del Código de Comercio.
(3) Leyes 4, 5 y 6, tít. I, Part. V.

las recopiladas (1) extienden la prohibicion á toda clase de contratos en que los hijos de familia reciban al fiado sin consentimiento de sus padres, imponiendo penas á los que contratan con ellos, y á los escribanos que autorizan los instrumentos en que constan tales obligaciones.

TITULUS VIII.

De noxalibus actionibus.

TITULO VIII.

De las acciones noxales.

Este título se refiere á las acciones que se dan contra los señores por consecuencia de los delitos de los esclavos, así como en el anterior se ha hablado de las que se daban tambien contra aquellos por los contratos celebrados por estos. Con tan simple enunciacion puede conocerse que no se trata aquí de la persecucion criminal de los delitos, dirigida á imponer una pena pública á aquellos que los perpetraron, porque en este punto nadie puede responder con su persona de la pena á que otro se ha hecho acreedor, y si el señor ha sido el promovedor, ó el cómplice, ó el participante del delito que ha cometido el esclavo, responderá criminalmente por su propia persona, así como el esclavo lo hará por la suya. La persecucion de que aquí se trata es solamente la civil, porque como queda indicado en los títulos primeros de este libro, algunos delitos se persiguen por los particulares solicitando que se impongan al culpable las penas pecuniarias que á favor del perjudicado establecen las leyes.

Ex maleficiis servorum (*veluti si furtum fecerint* aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint) noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut hominem noxæ dedere.

Por razon de los delitos de los esclavos (tales como el hurto, el robo, el daño y la injuria), hay establecidas acciones noxales, en virtud de las cuales el dueño del delincuente, siendo condenado, debe pagar la cantidad fijada en la condena, ó abandonar el esclavo de noxa.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 75, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Ex maleficiis.—Bajo esta palabra se comprenden los cuasi-delitos, así como en el título anterior bajo la denominacion de *contratos* se

(1) Ley 17, tit. I, lib. X de la Nov. Rec.

comprendian implícitamente las obligaciones que se derivan de los cuasi-contratos.

Veluti si furtum fecerint.—Es de observar que aquí se hace referencia solo á los delitos que se persiguen por accion privada, porque como dice Juliano, la prestacion en *noxa* no es extensiva á los delitos que reclaman una ejecucion pública ó un castigo capital (1). Los cuatro casos de que habla el texto, deben considerarse como ejemplos. De aquí se infiere que las acciones noxales son *adjectitiæ qualitatis* respecto á los delitos, como las del título anterior lo eran con relacion á los contratos.

1 NOXA autem est corpus, quod nocuit, id est servus; noxia ipsum maleficium, veluti furtum, damnum, rapina, injuria.

Se llama *noxa* el cuerpo que ha dañado, esto es, el esclavo: *noxia* el delito mismo, como el hurto, el robo, el daño, la injuria. 1

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 1, tít. I, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Noxa.—Ne puede negarse que la palabra *noxa* se toma además del sentido que dice el texto, en el del mismo delito: por esto dice Cayo, *noxæ appellatione omne delictum continetur.*

2 Summâ autem ratione permissum est, noxæ deditione defungi: namque erat iniquum, nequitiam eorum ultrà ipsorum corpora dominis damnosam esse.

Poderosos motivos han hecho que se permita que el dueño del esclavo quede exento de pagar el importe de la condenacion pronunciada por el delito de este, entregándolo en noxa, porque seria injusto que la maldad del esclavo acarrease al dueño una pérdida superior á lo que él valia. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 75, Com. IV de sus Inst.)

3 Dominus, noxali judiciô servi sui nomine conventus, *servum* actori *noxæ dedendô liberatur.* Nec minùs perpetuum ejus dominium â dominô transfertur: si autem damnum ei, cui deditus est, resarcierit quæ-

En la accion noxal el señor puede libertarse cuando es el demandado en nombre del esclavo abandonándolo en noxa, y en este caso trasfiere su propiedad perpétuamente. Pero si el esclavo, despues de haber 3

(1) Ley 200, tít. XVI, lib. L del Dig.
(2) §. 5, ley 238 del mismo título y libro.

sitâ pecuniâ, auxiliô prætoris *invito dominô manumittetur.*

sido entregado en noxa, resarciere el daño á aquel á quien fué entregado buscando dinero, será manumitido á pesar de su dueño con el auxilio del pretor.

Comentario.

Conventus, servum noxæ dedendô liberatur.—Durante el sistema formulario cuando el dueño llamado ante el magistrado por razon del delito del esclavo, lo abandonaba en *noxa,* impedia que se diese una accion contra él (1), y debia ser absuelto si hacia el abandono despues que el juez hubiera comenzado á entender en el negocio (2).

En este lugar tengo que hacerme cargo de una cuestion que en otro (3) dejé aplazada, á saber, si toda accion noxal es siempre arbitraria, ó si por el contrario solo lo es, en el caso de serlo por sí misma la accion á que se adhiere si se diera esta directamente contra el autor del delito. Acerca de este punto no están acordes los autores. Du Caurroy fundándose en el párrafo treinta y uno, título sexto de este Libro, y especialmente en las palabras *in quibus, nisi arbitriô judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causâ servum dedat, condemnari debeat,* y en un fragmento de Paulo inserto en el Digesto (4), en que dice el jurisconsulto, *arbitriô judicis absolvi eum oportet,* sostiene que la accion *noxal* es arbitraria. Zimmern, Schrader y Bonjean opinan por el contrario que la accion noxal solo es arbitraria en el caso de que la accion por sí misma y sin la circunstancia de noxal tuviera ese carácter. Zimmern supone además, que el precepto del juez que intervenia en la accion arbitraria dada noxalmente, era alternativo como la condenacion misma, cosa que no parece probable, porque no producia ninguna utilidad y bastaba que la alternativa se reservase para la sentencia. Los textos alegados por Du Caurroy no prueban demasiado, en mi concepto, á favor de su opinion: las palabras de las Instituciones que le sirven de apoyo pueden muy bien referirse al caso en que las acciones á que se agrega la circunstancia de *noxales,* sean arbitrarias de por sí, como sucede con la de *dolô malô* y *quod metus causâ,* las cuales cuando se dan noxalmente por el delito de un esclavo, conservan su naturaleza de arbitrarias. Menos fuerza aun me parece que tiene el citado fragmento de Paulo, porque la frase *arbitrium judicis* no siempre se refiere á las acciones arbitrarias, sino que se

(1) §. inicial, ley 21, tit. IV, lib. IX del Dig.
(2) §. 1, ley 14; y §. inicial, ley 19 del mismo título y libro.
(3) Al comentar el §. 31, tit. VI de este Libro.
(4) §. 1, ley 14, tit. IV, lib. IX.

toma en un sentido mas lato, como ya ha habido ocasiones de observar. De notar es una diferencia esencial que existe entre las acciones arbitrarias y las noxales, y cuyo olvido ha dado lugar á esta disputa: en las acciones arbitrarias el precepto del juez, *jussus*, que era regulador de la satisfaccion, precedia á la condena y ofrecia al demandado un medio de evitarla; por el contrario, en la accion noxal la alternativa de pagar ó de abandonar en noxa al esclavo, se hallaba en la condenacion misma. Por estas razones me adhiero á la opinion de los que no dan á las acciones noxales por sí mismas el carácter de arbitrarias. Etienne sostiene una tercera opinion, ingeniosa en verdad, pero que no me parece bastante justificada: cree que las opiniones antes enunciadas son demasiado absolutas, y que del mismo modo que el pretor convertia en accion arbitraria *de eo quod certô locô* una obligacion civil de derecho estricto, así podia, cuando el caso lo exigiera, hacer arbitraria una accion noxal con motivo de un hecho que, cometido por un hombre libre, habria dado lugar á una accion que no fuera arbitraria.

Invitô dominô manumittetur.—Sabido es que el esclavo, sin voluntad del señor, no podia conseguir la libertad, por grandes que fueran las cantidades que por ella le ofreciera: poco moral, pues, parece que era abrirle el camino de conseguirla perpetrando un delito; prevaleció, sin embargo, sobre la razon moral la civil, á saber, que siendo el daño que no se habia reparado la causa de la esclavitud que sufria en poder del nuevo dueño, cuando la reparacion se hacia, cesaba la causa de la servidumbre. Tal vez la explicacion de esto se halle en haber Justiniano aplicado aquí á los esclavos una regla que se limitaba antes á los hijos de familia.

4 Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus aut edictô prætoris. Legibus, veluti furti, lege duodecim tabularum; damni injuriæ, lege Aquiliâ. Edictô prætoris, veluti injuriarum et vi bonorum raptorum.

Las acciones noxales han sido establecidas ó por las leyes ó por el edicto del pretor. Por las leyes, como la accion de hurto que lo fué por la de las Doce Tablas; y la del daño causado contra derecho, por la ley Aquilia. Por el edicto del pretor, como la accion de injurias y la de robo. 4

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 76, Com. IV de sus Inst.)

ORIGENES.

5 Omnis autem noxalis actio *caput sequitur*. Nam si servus tuus noxiam commiserit, quamdiù in tuâ potestate est, tecum est actio; si in al-

Toda accion noxal sigue al delincuente. Por esto si tu esclavo cometiere un delito, corresponde contra tí la accion noxal mientras él esté 5

terius potestatem pervenerit, cum illô incipit actio esse, aut, si manumissus fuerit, *directò* ipse tenetur, ex extinguitur noxæ deditio. Ex diversô quoquè *directa actio* noxalis esse incipit: nam si liber homo noxiam commisserit, et is servus tuus esse cœperit (quod casibus quibusdam effici, primô librô tradidimus), incipit tecum esse noxalis actio, quæ antè directa fuisset.

en tu potestad: si pasa á potestad de otro, contra el nuevo dueño debe entenderse la accion; y si es manumitido, directamente responderá el esclavo, quedando extinguida la accion noxal. Por el contrario, la accion directa puede venir á ser noxal, porque si un hombre libre comete un delito y despues llega á ser tu esclavo (lo que puede suceder en algunas ocasiones, segun queda dicho en el libro primero), la accion que antes era directa empieza á ser noxal contra tí.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 77, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Caput sequitur.—Es decir, que la accion noxal sigue siempre al esclavo delincuente, cualesquiera que sean las manos á que haya pasado. Por esto es que, como oportunamente notan algunos, el señor está sometido á la accion noxal mas como poseedor, que como dueño del esclavo; y en efecto, el dueño que no posee, no puede entregar en noxa al esclavo para evitar el pago pecuniario de la condena.

Directô, directa actio.—En este lugar la frase *accion directa* no se opone á la de accion *contraria* ni á la de accion *útil*: se da aquí la denominacion de *directa* á la que derechamente se entabla contra el delincuente, en oposicion á la que por el delito del esclavo se da contra el señor.

6 Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur: namque inter dominum et eum, qui in ejus potestate est, nulla obligatio nasci potest. Ideòque et, si in aliènam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipsô, neque cum eô, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Undè, *si alienus servus* noxiam tibi commiserit, et is posteà in potestate tuâ esse cœperit, intercidit actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit, ideòque, licet exierit de tuâ potestate, agere non potes (*a*), que-

Si el esclavo comete un delito 6
contra su señor, no nace accion alguna, porque no puede haber obligacion entre el señor y aquel que está en su potestad. Por lo tanto, si el esclavo entrase despues en potestad ajena ó fuere manumitido, no habrá accion ni contra él, ni contra su nuevo dueño (*a*). De aquí se infiere tambien que si un esclavo ajeno comete un delito contra tí y despues viniere á estar en tu potestad, se extingue la accion, porque ha llegado un caso en que no puede tomar consistencia: así aunque salie-

madmodùm, si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus vel alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest (b).

re de tu potestad, no podrás entablar la accion: lo mismo sucede en caso de que el señor haya cometido algun acto contra el esclavo, porque aun en el de que este sea manumitido ó enajenado, nunca tendrá una accion contra el dueño (b).

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 78, Com. IV de sus Inst.)
(b) Conforme con Trifonino. (Ley 37, tít. IV, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Si alienus servus.—Cayo dice (1) que los Sabinianos, á cuya escuela pertenecia, llevaban la opinion que adopta Justiniano en el texto, y que los Proculeyanos, por el contrario, creian que en semejante caso la accion no podia suscitarse mientras el esclavo estaba en potestad de aquel á quien ofendió, pero que cuando salia de ellas revivia la accion. Poca duda me parece que admiten los motivos que debieron inducir á Justiniano á preferir aquella opinion.

7 Sed *veteres* quidèm hæc et in filiisfamilias masculis et feminis *admiserunt* (a). Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, et ab usu communi hæc penitùs recessit: quis enim patietur, filium suum et maximè filiam in noxam alii dare, ut penè per corpus pater magis, quàm filius periclitetur, cùm in filiabus etiàm pudicitiæ favor hoc benè excludit? et ideò placuit, in servos tantummodò noxales actiones esse proponendas, cùm apud veteres legum commentatores invenimus sæpiùs dictum, *ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri* (b).

Los antiguos aplicaron esta misma regla á los hijos de familia varones y hembras (a), mas el estado actual de las costumbres rechaza semejante dureza, y así ha caido absolutamente en desuso. En efecto, ¿qué padre abandonará á su hijo, y aun mas á su hija, en *noxa* para que así él padezca mas que el mismo hijo, y saltará sobre los obstáculos que la decencia opone por lo que hace á las hijas? Por esta razon se ha limitado la accion noxal á los esclavos, admitiéndose por lo que hace á los hijos é hijas de familia que puedan ser demandados personalmente, conforme á la opinion de los antiguos comentadores de las leyes (b). 7

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§§, 75, 77, 78 y 79, Com. IV de sus Inst.
(b) Conforme con Juliano. (Ley 34, tít. IV, lib. IX del Dig.)

(1) §. 78, Com. IV de sus Inst.

Comentario.

Veteres admiserunt.—Algunos intérpretes manifiestan la conexion que esto tenia con el derecho público antiguo de los romanos: en efecto, segun refiere Tito Livio, el ciudadano que habia cometido un crimen contra los enemigos, era abandonado en noxa á ellos; medio de evitar la reparacion que en otro caso podian pedir los agraviados. En la época en que se daban en *noxa* los hijos y las hijas, una sola emancipacion bastaba para que el padre perdiera su potestad (1). Cuando el hijo de familia habia satisfecho á aquel contra quien delinquió, se hacia *sui juris*, porque libertado del ***mancipium*** no recaia en potestad de su padre. Este derecho que tenian los padres de abandonar en ***noxa*** á los hijos desapareció bajo el influjo de las ideas cristianas: abolido respecto á las hijas por el Emperador Constantino, lo fué respecto á los hijos por Justiniano.

Ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.—Los hijos de familia tenian capacidad para comparecer en juicio, al mismo tiempo que estaban privados de ella los esclavos. Necesario es, sin embargo, convenir en que el recurso que aquí se da á los agraviados no es completo, puesto que la condena que contra los hijos de familia se pronunciara, no podria tener eficacia sino cuando gozaran de peculio, en la parte que cupiera en este, porque los demás bienes que el padre tenia, no les correspondian.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestras leyes de Partidas (2) adoptaron respecto á los esclavos que delinquian, el principio romano de que el señor debia reparar con arreglo á las leyes el daño que ocasionaban, ó entregarlos en *noxa*.

TITULUS IX.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si quidèm lasciviâ aut fervore aut feritate pauperiem fece-

TITULO IX.

Del daño causado por un cuadrúpedo.

La ley de las doce tablas estableció una accion noxal con relacion á los animales que carecen de razon

(1) § 79, Com. IV de las Inst. de Gayo.
(2) Ley 4, tít. VIII; y ley 3, tít. XV, Part. VII.

rint, *noxalis actio* lege duodecim tabularum prodita est (quæ animalia, si noxæ dedantur, *proficiunt reo ad liberationem*; quia ità lex duodecim tabularum scripta est); putà, si *equus calcitrosus* calce percusserit, aut *bos cornu petere solitus* petierit. Hæc autem actio in his, quæ contra naturam moventur, locum habet; ceterùm, si *genitalis* sit *feritas*, cessat. Deniquè, si ursus fugit à dominô, et sic nocuit, non potest quondàm dominus conveniri, quia desinit dominus esse, ubi fera evasit.

en el caso de que por retozos, ímpetu ó fiereza causaren algun daño (con arreglo á cuya ley su dueño queda libre si los abandona en noxa); por ejemplo, si un caballo coceador diere una coz, ó un buey acostumbrado á embestir hiriere á alguno. Esta accion tiene lugar cuando el daño ha sido causado por un animal que naturalmente no se mueve á hacerlo; pero cesa cuando es en él natural la fiereza. Por último, si un oso causa un daño, despues de huir de su amo, no puede este ser demandado, porque no es ya dueño desde que se le escapó la fiera.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§§. inicial, 4, 7 y 10, tit. I, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Animalium.—La ley de las Doce Tablas hablaba únicamente de los cuadrúpedos, y solo á ellos se refiere la rúbrica de este título. En el texto, sin embargo, se usa de la palabra *animalia* que comprende á los demás animales, porque la jurisprudencia dió en este punto extension á la ley, concediendo una accion útil á aquellos que fueran perjudicados por animales que no estaban comprendidos en la expresion literal de las Doce Tablas (1).

Noxalis actio.—No se crea que por ser noxal la accion *de pauperie*, carece de existencia propia; la tiene en efecto, si bien lleva consigo la circunstancia de que el demandado se liberta de la accion abandonando en noxa al animal que causó el daño.

Proficiunt reo ad liberationem.—Aunque por regla general se liberta el dueño del animal que cometió un daño entregándolo en noxa, en algunas ocasiones se le castiga con mayor rigor, como sucede, por ejemplo, si sabiendo el vicio del animal le permitiera vagar ó lo instigase para que cometiera el daño (2).

Equus calcitrosus, bos cornu petere solitus.—Los ejemplos que aquí se ponen son de animales que no son fieros, cuyos daños deben precaverse por los encargados de su cuidado. Bajo la palabra *bos* se comprende solamente el ganado vacuno manso, no el bravo.

(1) Ley 4, tit. I, lib. IX del Dig.
(2) §§. 4, 5, 6 y 7, ley 1 del mismo título y libro.

Genitalis feritas.—Opónense estas palabras á las de *equus calcitrosus* y *bos cornu petere solitus,* es decir, se ponen en contraposicion los animales fieros á los mansos.

Pauperies autem est damnum sine injuriâ facientis datum: nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod *sensu caret.*

Llámase *pauperies* el daño causado sin mala intencion del que lo hace. Y no puede decirse que un animal hace un daño contra derecho, porque carece de razon.

ORIGENES.

Copiado de Ulpiano. (§. 3, ley 1, tít. I, lib. IX del Dig.)

Comentario.

Sensu caret.—Quiere decir que carece de razon para apreciar el valor de sus actos.

Hæc, quod ad noxalem actionem pertinet.

1 Ceterùm sciendum est, ædilitiô edictô prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, quà vulgò iter fit: et si adversùs ea factum erit, et nocitum homini libero esse dicetur, quod bonum et æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum sit, dupli (*a*). Præter has autem ædilitias actiones et *de pauperie locum habebit.* Numquàm enim actiones, præsertim pœnales, de eàdem re concurrentes, *alia aliam consumit* (*b*).

Esto es lo que se refiere á la accion noxal.

Además debe saberse que está prohibido por el edicto edilicio tener un perro, un verraco, un javalí, un oso, un leon en la via pública. Si se contraviniere á esta prohibicion y se causare un daño á un hombre libre, el dueño del animal deberá ser condenado á aquello que el juez estime justo y equitativo: la condenacion será en el duplo del daño causado en las demás cosas (*a*). Además de estas acciones edilicias, tendrá tambien lugar la de *pauperie,* Cuando para el mismo objeto hay diferentes acciones, especialmente penales, el ejercicio de una no impide el de las otras (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Ulpiano. (Leyes 40 y 42, tít. I, lib. XXI del Dig.)
(*b*) Copiado de Ulpiano. (Ley 130, tít. XVII, lib. L del Dig.)

Comentario.

De pauperie locum habebit.—Entiéndese esto de la accion útil *de pauperie,* en el caso de que la fiera que hizo el daño esté todavia en poder de su dueño.

Alia aliam consumit.—Para que una accion puede destruir á otra, es menester que ambas tengan relacion entre sí, bien por la causa, ó

bien por el objeto. Cuando la tienen solo por la causa, si el demandante intenta la accion que le produce mas ventajas, la otra queda extinguida; si por el contrario entabla la menos ventajosa, la otra queda subsistente en la parte que contiene mas que la entablada (1), Si ambas acciones dimanan de una misma causa, y tienen tambien la misma cosa por objeto, el demandante puede elegir lo que quiera: mas la eleccion de la una extingue la otra (2). Como la concurrencia es mas frecuente cuando se trata de delitos, por eso el Emperador dice *præsertim pænales.*

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Lo que el Emperador dice en este título respecto al daño causado por los animales, se halla tambien establecido en nuestras leyes de Partida (3).

TITULUS X.

De his, per quos agere possumus.

TITULO X.

De las personas por quienes podemos ejercitar acciones.

Despues de haber hablado el Emperador en los títulos precedentes de las acciones en virtud de las cuales alguno puede ser demandado por un hecho que no es suyo, pasa ahora á hacerlo de las personas por medio de las cuales, ó bien pueden presentarse las demandas, ú oponerse las excepciones.

Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suô nomine, aut alienô. Alienô, veluti procuratoriô, tutoriô, curatoriô: cùm *olim in usu fuisset alterius nomine agere non posse*, nisi pro populô, pro libertate, pro tutelâ (*a*). Prætereà lege Hostiliâ permissum est, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causâ abessent, qui quæve in eorum cujus tu-

Debemos advertir que todos pueden ejercitar las acciones por sí mismos ó por otros. Sirvan de ejemplo de los que ejercitan acciones por otros, el procurador, el tutor y el curador, hallándose establecido en otro tiempo que ninguno pudiera hacerlo sino por el pueblo, por la libertad ó por la tutela (*a*). Además la ley Hostilia permitió entablar la accion de hurto en nombre de los

(1) §. 2, ley 34, tit. VII, lib XLIV; y §. inicial, ley 71, tit. II, lib XLVII del Dig.
(2) §. 8, ley 76, titulo único, lib. XXXI; y §. 1, ley 43, lib. L del Dig.
(3) Leyes 22 y 23, tit. XV, Part. VII.

telâ essent. Et quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alienô nomine agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare; nam et morbus, et ætas, et necessaria peregrinatio, itèmque aliæ multæ causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quominùs rem suam ipsi exequi possint (*b*).

que estaban en poder de los enemigos, ó de los ausentes por causa de la república, ó de los que estuvieran en tutela de estos. Mas como la imposibilidad de entablar demandas ó de presentar excepciones por otro en los demás casos ofrecia graves inconvenientes, se empezó á introducir el uso de litigar por medio de procuradores, porque la enfermedad, la edad, un viaje necesario ú otras muchas causas eran frecuentemente impedimentos para que los litigantes siguieran los pleitos por sí mismos (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 82, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 2, ley 1, tít. III, lib. III del Dig.)

Comentario.

Olìm in usu fuisset, alterius nomine agere non posse. —El primitivo derecho civil no permitia que en los actos jurídicos una persona representase á otra, principio que fué sucesivamente suavizándose bajo los diferentes sistemas de enjuiciamiento que conocieron los romanos.

Durante el sistema de las acciones de ley ya se introdujeron las cuatro excepciones que enumera el texto, *pro populô,* cuando se entablaba una acusacion pública ó una accion popular; *pro libertate,* puesto que en el juicio llamado liberal, *liberale judicium,* el *assertor libertatis* reclamaba la libertad á favor del que estaba en esclavitud; *pro tutelâ,* en beneficio de los huérfanos que estaban constituidos en la edad pupilar, y por último, en el caso de la ley Hostilia de que habla el texto. Ciceron añade una quinta excepcion, en virtud de la que el peregrino podia ser representado por un ciudadano en la accion *repetundarum.*

En el sistema formulario se facilitó á todos el medio para ser representados en juicio, bien fueran demandantes, ó bien demandados. Este representante, á quien se daba el nombre de *cognitor,* debia ser constituido delante del magistrado hallándose presente la parte contraria, y por medio de fórmulas solemnes tan esenciales en todos y en cada uno de los actos de aquel sistema: no era necesario que se hallase allí el *cognitor,* pero entonces no se reputaba como tal sino despues de haber sabido y aceptado su cargo (1). Admitié-

(1) §. 83, Com IV de las Inst.ˢ de Cayo.

ronse despues en las acciones judiciales los principios del mandato: el demandante y el demandado podian tener mandatarios ó procuradores, mas estos procuradores no representaban entonces al mandante; obraban, como queda expuesto en otro lugar, en su nombre propio y por su cuenta y riesgo, por lo cual se decia que hacian suyo el proceso y se les daba el nombre de *domini litis*, teniendo el contrario contra quien se dirigian el derecho de exigir la caucion *rem ratam dominum habiturum* que no era aplicable á los *cognitores* (1). Constituíase el procurador por un simple mandato sin la intervencion del magistrado, y sin necesidad de que estuviera presente la parte contrario; y hasta se admitia en los juicios al mero *negotiorum gestor* que careciendo de mandato, prestaba caucion de que el principal daria por bien hecho lo que él ejecutaba (2). Por esto Cayo dijo en sus Instituciones y en el lugar que señalo en los orígenes, que todos podian litigar en su nombre ó en el ajeno, *agere posse quemlibet aut suô nomine, aut alienô*, palabras que repite Justiniano en el texto que comento. Como los derechos, objeto de las acciones, estaban adheridos á los verdaderos litigantes, el nombre de estos podia figurar durante el sistema formulario en la *intencion* de la fórmula, pero en la *condenacion* debia expresarse el nombre del procurador, puesto que él era el que obtenia, siendo demandante, la absolucion ó condenacion de su contrario, y siendo demandado era el que debia ser condenado ó absuelto. Así lo dice Cayo (3) poniendo ejemplos de la redaccion de la fórmula. Con el tiempo tuvo mayor amplitud esta facultad de ser respresentados por otros, aproximándose cada vez mas el carácter de los procuradores al de los *cognitores*. En el imperio de Alejandro Severo, el procurador de la persona presente constituido en las actas, *apud acta*, por el principal, sin que interviniera ninguna fórmula solemne, era equiparado al *cognitor* (4), doctrina que se fué despues extendiendo á los demás procuradores y á los *negotiorum gestores* que afianzaban que su principal ratificaria sus actos (5). Esta costumbre hizo que cayese en desuso el nombramiento de los *cognitores* que estaba sujeto á fórmulas rituales: así es que Justiniano al insertar en el Digesto los fragmentos de los antiguos jurisconsultos que se referian á ellos, sustituyó siempre á la palabra *cognitor* la de *procurator*. En tiempo del mismo Emperador, como de este texto se infiere, los procuradores que estaban autorizados con el mandato del principal, no tenian

---

(1) §§. 97 y 98, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 84 del mismo Comentario.
(3) §§. 86 y 87 del mismo Comentario.
(4) §. 317 de los Fragmentos Vaticanos.
(5) §§. 1, 2 y 3, tít. III, lib. I de las Sentencias de Paulo; y ley 56, tít. 1, lib. V del Dig.

que dar fianza alguna; mas debian prestarla los *negotiorum gestores*, puesto que carecian de mandato.

1 Procurator neque certis verbis, neque præsente adversariô, inmo plerumque ignorante eô, constituitur (*a*): cuicumque enim permiseris, rem tuam agere aut defendere,
2 is procurator intelligitur (*b*). Tutores et curatores quemadmodùm constituuntur primô librô expositum est (*c*).

Constitúyese el procurador sin 1
necesidad de palabras solemnes ni de estar presente el contrario, y aun mucha veces sin que este lo sepa (*a*): entiéndese por procurador 2
tuyo cualquiera á quien encargares entablar una demanda en tu nombre, ó defenderte de la que otro intentare (*b*). En el libro primero se ha expuesto cómo se constituyen los tutores y curadores (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 84, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. inicial, ley 1, tít. III, lib. III, del Dig.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 85, Com. IV de sus Inst.)

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestro derecho actual reconoce los mismos principios que respecto á los procuradores adoptó el romano (1). No es propio de este lugar hablar de la necesidad que tienen los litigantes de valerse de procuradores adscriptos á los respectivos tribunales.

TITULUS XI.

De satisdationibus.

TITULO XI.

De las cauciones.

En el epígrafe de este título la palabra *satisdatio* se toma en su significacion mas lata, comprendiendo toda clase de cauciones. De los diferentes sentidos de esta voz he hablado ya en otro lugar (2).

Satisdationum modus alius antiquitati placuit; alium novitas per usum amplexa est.

Los antiguos habian adoptado un sistema para las cauciones; los modernos han introducido otro.

(1) Tít. V, Part. III: ley 13, tít. III, Part. V; y tít. XXXI, lib. V de la Nov. Rec.
(2) En el comentario al §. inicial, tít. XXIV, lib. I de esta obra.

Olim enim, si in rem agebatur, *satisdare possessor compellebatur*, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut *cum eô agendi aut cum fidejussoribus ejus*. Quæ satisdatio appellatur JUDICATUM SOLVI; undè autèm sic appellatur, facile est intelligere; namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuerit judicatum. Multô magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alienô nomine judicium accipiebat. Ipse autem, qui in rem agebat, si suô nomine petebat, satisdare non cogebatùr. Procurator verò si in rem agebat, satisdare jubebatur, RATAM REM DOMINUM HABITURUM: *periculum* enim *erat*, ne iterùm dominus de eâdem re experiatur. Tutores et curatores eôdem modô, quô et procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquandò his agentibus satisdatio remittebatur.

Antiguamente en las acciones reales el poseedor era compelido á dar caucion para que si fuera vencido y no restituyera ni la misma cosa ni su estimacion, pudiera el demandante entablar una accion contra él y contra sus fiadores. Esta caucion se denominaba *judicatum solvi*: fácil es conocer de donde provenia semejante denominacion, porque el demandante estipulaba que se le pagase lo que la sentencia comprendiera. Con mayor motivo el que era demandado por la reivindicacion en nombre de otro, cuya causa tomaba á su cargo, debia dar caucion. Por lo que hace al que entablaba la reivindicacion en nombre propio, no tenia que prestar caucion. Mas el procurador que entablaba la accion real, debia dar la caucion de que el dueño ratificaria lo que él hiciese, para evitar el peligro de que el señor suscitase otra vez la misma demanda. El edicto prescribia que los tutores y curadores dieran caucion como los procuradores; pero se les dispensaba algunas veces de ella cuando eran demandantes.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§§. 89, 90, 91, 96, 98, 99 y 100, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Satisdare possessor compellebatur.—Si el demandado por accion real se negaba á dar la caucion, y el demandante se prestaba á ella[1], la posesion pasaba por medio de un interdicto al demandante segun el derecho antiguo.

Cum eô agendi aut cum fidejussoribus ejus.—Por lo tanto, además de la accion *ex judicatô* correspondia en este caso al demandante la *ex stipulatu* contra el principal y fiadores.

Periculum erat.—No identificándose segun el derecho antiguo el procurador con su representado, no quedaba este obligado por los actos de aquel, y por consiguiente podia renovar la accion, regla que debió desaparecer cuando se igualaron los procuradores á los *cognitores*.

1 Hæc ità erant, si in rem agebatur. Sin verò in personam, ab actoris quidèm parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione quâ in rem agitur. Ab ejus verò parte, cum quô agitur, si quidèm alienô nomine aliquis interveniret omnimodò satisdaret: quia nemo defensor in alienâ re sine satisdatione idoneus esse creditur (*a*). Quod si propriô nomine aliquis judicium accipiebat in personam, JUDICATUM SOLVI satisdare non cogebatur (*b*).

Estos eran los principios antiguos respecto á las acciones reales. La misma regla que acabamos de exponer por lo tocante á ellas, tenia lugar en las personales con relacion al demandante. Mas por lo que hace al demandado, si se presentaba otro por él, era necesario que diese caucion; porque sin darla, á nadie se le reputa defensor idóneo de otro (*a*). Pero si el demandado en virtud de una accion personal litigaba por sí mismo, no era compelido á dar la caucion *judicatum solvi* (*b*). 1

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 100 y 101, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§. 102, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

2 Sed hæc hodie alitèr observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali, suô nomine: nullam satisdationem *pro litis æstimatione* dare compellitur, *sed pro suâ tantùm personâ*, quod in judiciô permaneat usque ad terminum litis:, vel committitur suæ promissioni cum jurejurandô (quam *juratoriam cautionem* vocant) vel nudam promissionem, *vel satisdationem*, pro qualitate personæ suæ, dare compellitur.

Otra cosa se observa ahora. El demandado en su propio nombre bien por accion real ó bien por personal, no está obligado á dar caucion por la estimacion del litigio, sino garantir que se presentará personalmente y que permanecerá hasta el fin del pleito, ya con promesa hecha bajo juramento, lo que se llama caucion juratoria, ya con promesa simple, ya con fiadores atendida la distinta calidad de las personas. 2

Comentario.

Pro litis æstimatiòne.—Aluden estas palabras á la caucion *judicatum solvi*, que, como ya se ha visto, tenia antiguamente lugar en los juicios en que se deducia una accion real.

Sed pro suâ tantùm personâ.—Esta caucion se llamaba *judiciô sisti*.

Juratoriam cautionem.—Esta caucion juratoria se exige á las personas de buena opinion y fama, que por escasez de su fortuna no encuentran fiadores idóneos. A las personas ilustres solo se pedia esta caucion, y no la de fiadores (1).

(1) Ley 17, tit. I, lib. XII del Cód.

Nudam promissionem.—Hacian esta promesa simple los poseedores de bienes inmuebles en lugar de la fianza (1).

Vel satisdationem.—Aquí no se toma la palabra *satisdatio* en su acepcion mas lata como en la rúbrica del presente título, en los párrafos anteriores, y en la primera ocasion en que se hace uso de ella en este mismo párrafo, sino en el sentido mas estricto; y así se limita á la caucion con fiadores, que es su significacion rigurosa, como en otro lugar (2) queda manifestado.

3 Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur: *in actoris* quidèm *personâ*, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judiciô procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur; *eodem observandô* et, si tutor, vel curator, vel aliæ tales personæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem qùibusdam per alium inferunt.

Mas cuando un procurador se presenta en el juicio como demandante ó como demandado, en el primer caso si el mandato no consta en las actas, ó el principalmente interesado en el litigio no se presenta ante el juez para confirmar al procurador, este se halla obligado á dar la caucion de que la persona, en cuyo lugar se presenta, ratificará lo que él haga. Lo mismo sucederá si el tutor, el curador ó cualesquiera personas encargadas de manejar los negocios de otros entablan juicio por medio de persona que los represente. 3

Comentario.

In actoris personâ.—No se crea por la forma general en que el texto se halla concebido, que todos indistintamente, aun en caso de que no estén revestidos del correspondiente mandato, pueden entablar acciones. Esto se limita á las personas que están enlazadas por los vínculos de la sangre, de la afinidad, ó del patronato (3), á los procuradores generales (4), y á aquellos cuyo mandato aparece como dudoso (5).

Eodem observandô.—Es decir, que los procuradores nombrados por los tutores ó curadores ó por otros que están encargados del manejo de negocios ajenos, se hallan en el mismo caso que los que directamente han sido elegidos por los principales é inmediatamente interesados en los negocios.

---

(1) Ley 15, tit. VIII, lib. II del Dig.
(2) En el comentario al §. inicial, tít. XXIV, lib. I de esta obra.
(3) Ley 35, tit. III, lib. III del Dig.
(4) §. 18, ley 5, tít. I, lib. XXXIX del Dig.
(5) §. 2, ley 3, tit. VI, lib. XXXVI del Dig.

4 Sin verò aliquis convenitur: si quidèm præsens procuratorem dare paratus est, potest vel *ipse in judicium venire*, et sui procuratoris personam per JUDICATUM SOLVI satisdationis solemnes stipulationes firmare, vel extra judicium satisdationem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existit *pro omnibus* JUDICATUM SOLVI satisdationis *clausulis*. Ubi et de hipothecâ suarum rerum convenire compellitur, sive in judiciô promiserit, sive extra judicium caverit ut tàm ipse quàm hæredes sui obligentur; *aliâ insuper cautelâ*, vel satisdatione, propter personam ipsius exponendâ, quod tempore sententiæ recitandæ in judiciô invenietur, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, quæ condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.
5 Si verò reus præstò ex quâcumque causâ non fuerit, et alius velit defensionem subire, nullâ differentiâ inter actiones in rem vel personales introducendâ, *potest hoc facere*, ità tamen, ut satisdationem JUDICATUM SOLVI pro litis præstet æstimatione. Nemo enim secundùm veterem regulam (ut jàm dictum est) alienæ rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.

Mas si alguno es demandado, y estando en el lugar en que se le demanda quiere constituir un procurador, puede él mismo presentarse ante el juez y prestar por la persona que le ha de representar la caucion *judicatum solvi* con una promesa solemne, ú obligarse extrajucialmente como fiador de su procurador por todas las cláusulas de la misma caucion. En tal caso, bien sea judicial, ó extrajudicial la caucion, está obligado á constituir sobre sus bienes una hipoteca, y esta obligacion pasa á los herederos. Debe además dar la caucion de que se presentará personalmente para oir la sentencia, y si no se presenta, quedará el fiador obligado á pagar todo lo que contuviere la condena, á no ser que se hubiere interpuesto apelacion de la sentencia. 4
Mas si el demandado por cualquier motivo no se hallase presente, otra persona que quiera encargarse de su defensa, puede hacerlo tanto en las acciones reales como en las personales, dando la caucion *judicatum solvi* por la cantidad á que ascienda el litigio, porque, segun una antigua regla (como queda ya dicho), ninguno puede defender la causa de otro sin dar caucion. 5

Comentario.

Ipse in judicium venire.—Asi el procurador quedaba libre de la necesidad de afianzar, cosa que de otro modo era necesario por la regla de que nadie, bien estuviera autorizado con mandato, ó bien desprovisto de él, podia ser apto para defender los negocios ajenos sin dar la caucion correspondiente (1).

Pro omnibus JUDICATUM SOLVI *clausulis.*—Ulpiano enumera (2) con precision las tres cláusulas que en sí contiene la estipulacion *judicatum solvi* en estas palabras: *de re judicatâ, de re defendendâ, de dolô*

(1) Ley única, tit. LVI, lib. II del Cód.
(2) Ley 6, tit. VII, lib. XLVI del Dig.

malô, esto es, que no se procede con mala fé, que se defenderá la causa, y que se pagará lo prescrito en la sentencia.

Aliâ insupèr cautelâ.—Era necesaria esta nueva caucion para que la accion *judicati* tuviera lugar contra el principal, lo que en otro caso no se verificaria á no ser que el procurador fuera establecido en el juicio.

Potest hoc facere.—Se ha visto que solo determinadas personas no estando autorizadas por el principal pueden entablar en nombre de este una demanda; pero para defender al que está demandado se concede mayor latitud considerándose hábil al efecto á todo el que dé la caucion *judicatum solvi* (1), como dice el texto. Fúndase esta diferencia en que la humanidad recomienda la defensa de los ausentes, no así el derecho de demandar: además que quien demanda entra voluntariamente en el juicio, y el demandado es arrastrado á él contra su voluntad.

6 Quæ omnia apertius et perfectissimè à quotidianô judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

7 Quam formam non solùm in hac regiâ urbe, sed et in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitiam alitèr fortè celebrantur, obtinere censemus, cum necesse est, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem, ejusque observantia sequi.

Todo lo dicho aparece mas clara y completamente en el uso diario de los juicios, y en la práctica de los negocios. 6

Queremos que las reglas que acabamos de exponer se apliquen no solo en esta ciudad imperial, sino tambien en todas las provincias aunque por impericia venga observándose otra cosa, puesto que es necesario que todas ellas se arreglen á lo que rige en nuestra ciudad imperial, cabeza de todas las ciudades. 7

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

A excepcion de que nuestras leyes no admiten la segunda caucion mencionada en el párrafo cuarto de este libro, ni hablan de la hipoteca á que él se refiere, en lo demás están conformes con las romanas (2).

---

(1) Ley única, tít. XLVI, lib. II del Cód.
(2) Ley 41, tít. III; y leyes 10 y 21, tít. V, Part. III.

TITULUS XII.

De perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad hæredes vel in hæredes transeunt.

TITULO XII.

De las acciones perpétuas y temporales, y de aquellas que pasan á los herederos ó contra los herederos.

Para poner fin el Emperador al tratado de acciones trata en este lugar de la duracion de cada una, y de la trasmision de ellas á, ó contra los herederos. Mas debo advertir aquí que no versa este título sobre la duracion de los juicios, materia de que al hablar de las acciones en general en las diferentes épocas de la historia se ha dicho ya lo suficiente, atendida la índole de esta obra, sino sobre la extincion de las acciones por no haberlas deducido en juicio.

Hôc locô admonendi sumus, eas quidèm actiones, quæ *ex lege*, *senatusve consultô*, *sive ex sacris constitionibus* proficiscuntur, perpetuò solere antiquitùs competere, *donèc sacræ constitutiones tàm in rem quàm in personalibus* actionibus certos fines dederunt; eas verò, quæ ex propriâ prætoris jurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere (*nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium.) Aliquandò* tamèn et *in perpetuum extenduntur*, id est usquè ad finem constitutionibus introductum; quales sunt hæ, quas bonorum possessori ceterisque, qui hæredis locô sunt, accommodat. *Furti* quoquè *manifesti actio*, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen *perpetuò datur*: absurdum enim esse existimavit, annô eam terminari.

Debe advertirse aquí que las acciones que descienden de las leyes; de los senado-consultos ó de las constituciones imperiales podian en la antigüedad ser ejercitadas perpétuamente, hasta que las constituciones imperiales fijaron la duracion tanto de las acciones reales como de las personales: por lo que hace á las que se derivan de la jurisdiccion del pretor, en su mayor parte solo duran un año (porque tambien era anual la autoridad de dicho magistrado). Algunas veces, sin embargo, estas acciones son perpétuas, esto es, duran todo el término fijado por las constituciones: tales son las que se conceden al *bonorum poseedor* y á las demás personas que ocupan el lugar de heredero. La accion de hurto manifiesto, aunque tambien se deriva de la jurisdiccion del pretor, dura perpétuamente, pues seria absurdo que se terminase por el trascurso de un año.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (**§§. 110 y 111, Com. IV de sus Inst.**)

Comentario.

Ex lege, senatusveconsulto, sive ex sacris constitutionibus.—Para ser consiguiente el Emperador á lo que despues dice en el mismo texto al hablar de las acciones pretorias, parece que deberia manifestar aquí que las que dimanaban de las leyes, de los senado-consultos y de las constituciones imperiales, eran perpétuas porque tambien lo era la fuente de que provenian, pero no siendo muy sólida esa explicacion en cuanto á las acciones pretorias, tampoco la seria la que tal vez podria echarse de menos respecto á las que dimanaban del derecho civil.

Donèc sacræ constitutiones.—Las constituciones imperiales consultaron á la conveniencia pública al fijar términos para la extincion de las acciones, proponiéndose que de este modo tuviera un límite la facultad de provocar litigios: los mismos fundamentos con que se justifica la prescripcion, sirven de apoyo á esta doctrina.

Tàm in rem quàm in personalibus.—Las acciones reales y personales, que antiguamente eran perpétuas, se extinguen con arreglo á las constituciones imperiales á los treinta años, esto es, por el trascurso del expresado tiempo, contado desde el acontecimiento que las hizo nacer, sin que sean puestas en ejercicio (1). En algunos casos especiales la accion se extingue por cuarenta años, como sucede con la hipotecaria cuando la cosa hipotecada está en manos del deudor (2); en otros en un término mas corto, como se verifica con la querella de testamento inoficioso, que, segun antes de ahora (3) he manifestado, espira á los cinco años, y en algun otro caso. Cuando se fija un tiempo para la duracion de la accion real, esto debe entenderse á no ser que la cosa, objeto de la accion, haya sido ya adquirida por otro á beneficio de la usucapion, porque entonces extinguido el dominio del antiguo dueño, deja este de tener la reivindicacion. Pero si bien las acciones, de que se habla en este lugar, de perpétuas, que eran primitivamente, pasaron á ser temporales, aquellas, cuya duracion es de treinta ó mas años, conservaron, sin embargo, la antigua denominacion de perpétuas como en reminiscencia de lo que fueron, y como en contraposicion á las que duran menos tiempo.

Nam et ipsius prætoris intra annum erat imperium.—No es esta razon muy convincente, y mas si se atiende á que no se trata aquí de la duracion de un litigio ya entablado, sino de la duracion de una

(1) Ley 3, tít. XXXIX, lib. VII del Cód.
(2) §. 1, ley 7 del mismo título y libro.
(3) En el comentario al §. 6, tít. XVIII, lib. II de esta obra.

accion introducida por el derecho pretorio para enmendar, suplir, ó ayudar al derecho civil. Lo probable es que los pretores al introducir nuevas acciones fijando puntos omitidos por el derecho civil, y aun contrariándolo á veces, acostumbraran limitar á un año los efectos de sus nuevas disposiciones, y que esta costumbre viniera á ser regla general.

Aliquandò in perpetuum extenduntur.—A esta clase de acciones pretorias que se perpetuaban, es decir, cuya duracion era de treinta años, correspondian todas las que contenian la persecucion de la cosa, como la *Publiciana*, la *de constitutâ pecunia*, la *ex jurejurandô*, la *exercitoria*, la *institoria*, la *de peculiô* y otras; pero no aquellas que rescindian actos que, atendido el derecho civil, eran válidos y subsistentes (1).

Furti manifesti actio perpetuò datur.—Regla general es que las acciones pretorias penales solo duran un año; pero esto no es extensivo á aquellas que introducidas originariamente por el derecho civil solo fueron corregidas ó enmendadas por el pretorio, como sucede con la de hurto manifiesto, con la que se da contra los dueños de las naves, posadas ó establos por razon del delito cometido por sus dependientes, y con la que se refiere á las cosas suspendidas ó puestas de modo que causen perjuicio. La accion de dolo es bienal.

1 Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut *ipsô jure competunt*, aut à prætore dantur, et in hæredem æquè competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, *ex maleficiis pœnales actiones* in hæredem non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, *exceptâ injuriarum actione*, et si qua alia similis inveniatur. *Aliquandò* tamen etiam *ex contractu actio contra hæredem non competit* (*a*), cùm testator dolosè versatus sit, et ad hæredem ejus nihil ex eò dolô pervenerit (*b*). Pœnales autem actiones, quas suprà diximus, si ab ipsis principalibus personis *fuerint con-*

No todas las acciones que competen contra alguno en virtud del derecho civil, ó por consecuencia del pretorio, se dan igualmente á ó contra el heredero. Es regla constante en el derecho que las acciones penales que nacen de los delitos, no se dan contra los herederos del delincuente, como sucede con las de hurto, robo, injuria y daño. Mas estas acciones competen y no se niegan á los herederos, á excepcion de la de injurias y de alguna otra semejante. A veces la accion que nace de un contrato no compete contra el heredero (*a*), como sucede en el caso de que la accion se dé por el dolo del testador, y el heredero no haya reportado del dolo utilidad alguna (*b*). Mas las acciones penales, 1

(1) §. inicial, ley 35, tit. VII, lib. XLIV del Dig.

testate, et hæredibus dantur, et contra hæredes transeunt (*c*).

de que hemos hablado antes, desde el momento en que hay litis-contestacion se dan á los herederos y contra los herederos (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 112 y 113, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 7, tít. III, lib. XVI del Dig.)
(*c*) Conforme con Ulpiano y Calistrato. (Leyes 26 y 58, tít. VII, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

Ipsô jure competunt.—Esta frase se opone aquí á las palabras *aut à prætore dantur*, y de consiguiente equivalen á las de *jure civili.*

Ex maleficiis pœnales actiones.—Las acciones que, aunque nacen de un delito, tienen el carácter de rei-persecutorias, se dan tambien contra los herederos del delincuente (1). Estos no deben responder por las penales sino en cuanto hayan percibido ventajas de la perpetracion del delito, lo que se funda en que la pena no debe imponerse al inocente. Las acciones que naciendo de un contrato tienen el carácter de mixtas, es decir, cuyo objeto es la peticion de la cosa y de la pena (2), no pasan contra los herederos, por su índole de penales y porque no pueden dividirse.

Exceptâ injuriarum actione.—La accion de injurias por su carácter personalísimo no se extiende á los herederos: lo mismo acontece con las demás de índole parecida, como la querella de testamento inoficioso (3), y todas las que tienen por fundamento la vindicta personal (4).

Aliquandò ex contractu actio contra hæredem non competit.—El Emperador Justiniano tomó de Cayo estas palabras, como dejo dicho en los orígenes. Con razon á mi juicio observan algunos que no tuvo presente que el célebre jurisconsulto se referia á contratos que en tiempo de Justiniano habian desaparecido. En efecto, hé aquí las palabras que Cayo pone á continuacion de las que comento: *nam adstipulatoris hæres non habet actionem, et sponsoris et fide-promissoris hæres non tenetur.* El texto, pues, presenta aun mas oscuridad si se considera que los herederos son responsables por los contratos en que el difunto hubiese cometido dolo (5), exceptuando solamente el caso

(1) §. 19, tít. I, lib. IV de estas Instituciones.
(2) §. 17, tít. VI, lib. IV de estas Instituciones.
(3) §. 2, ley 6, tít. II, lib. V del Dig.; y cap. 5 de la nov. 115.
(4) Ley 24, tít. IV, lib. II del Dig.
(5) §. 3, ley 152; §. 2, ley 157, tít. XVII, lib. L: §. 1, ley 7, tít. III, lib. XVI; y ley 49, título VII, lib. XLI del Dig.

del depósito necesario, segun queda expuesto en otro lugar (1). Algunos quieren suponer que el texto se refiere aquí á los contratos de derecho estricto, en los cuales si ha habido dolo, se recurre á la accion del mismo nombre, la cual no se da contra los herederos sino en cuanto se hayan utilizado de él (2).

Fuerint contestatæ.—Todas las acciones que por el trascurso del tiempo ó por la muerte perecerian, si no fueran deducidas en juicio, se perpetúan y trasmiten á los herederos y contra los herederos desde el momento en que una vez entabladas, ha sido contestada la demanda, lo que se funda en que, como otras veces se ha dicho, la litis-contestacion produce una novacion.

2 Superest, ut admoneamus, quod, si antè rem judicatam is, cum quô actum est, satisfaciat actori, officiô judicis cònvenit, eum absolvere, licèt judicii accipiendi tempore in eâ causâ fuisset, ut damnari debeat; et hoc est, quod antè vulgò dicebatur, *omnia judicia absolutoria esse.*

Resta observar que si antes de la sentencia el demandado satisface al demandante, el juez debe absolver al primero, aunque al instaurarse el pleito debiera ser condenado: en este sentido se decia antes comunmente que todos los juicios eran absolutorios. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 114, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Omnia judicia absolutoria esse.—En otro lugar (3) he dicho ya cuanto era necesario para la inteligencia del texto.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Conformes están nuestras leyes (4) con las romanas del tiempo de Justiniano en parte de las doctrinas de este título. Indicaré solo las diferencias. Reconócese que la accion real debe durar treinta años (5): la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella, veinte: el derecho de ejecutar por accion personal, diez: cuando hay hipoteca ó la accion es mixta de personal y real, treinta (6). Duran solo tres años las accio-

(1) En el §. 17, tit. VI, lib IV de estas Instituciones.
(2) §. 1, ley 17, tit. III, lib. IV del Dig.
(3) Al tratar del sistema formulario en la pág. 520 del tomo II de esta obra.
(4) Ley 28, tit. I; ley 25, tit. IX; y ley 23, tit. XIV, Part. VII.
(5) Ley 21, tit. XXIX, Part. III.
(6) Ley 5, tit. VIII, lib. XI de la Nov. Rec

nes que tienen los que han servido á otros para cobrar sus salarios, término que comienza á correr desde que son despedidos; las que corresponden á los dueños de establecimientos de joyería, de comestibles y de medicinas, y á los oficiales de artes y oficios para cobrar lo que por razon de su comercio ó de su oficio se les deba (1), y la que tienen los letrados y procuradores para reclamar sus honorarios (2).

TITULUS XIII.

De exceptionibus.

TITULO XIII.

De las excepciones.

En otro lugar (3), he hablado de las excepciones considerándolas bajo el punto de vista del sistema formulario; aquí principalmente voy á tratar de ellas en la forma que las presenta el Emperador Justiniano.

No debe confundirse lo que los antiguos llamaban *defensa (defensio)*, con lo que denominaban *excepcion (exceptio)*. Entiéndese por *defensio* en su sentido lato todo medio empleado por el demandado para oponerse á lo que se pretende de él: en esta acepcion bajo dicha palabra se comprenden tambien las excepciones. Pero tomada en su sentido estricto, solo comprende la oposicion que hace el demandado sosteniendo abiertamente lo contrario de lo que el demandante solicita. La excepcion es, por el contrario, un medio que tiene el demandado de paralizar los efectos de la demanda, no sosteniendo que carece de existencia el derecho reclamado por el demandante, sino que en virtud de otros hechos ó de otro derecho ha venido á ser ineficaz. De aquí se infiere que la *defensa* se diferencia de la *excepcion* en que por aquella se trata de destruir ó debilitar las pruebas en que el demandante funda su derecho, al paso que esta es una nueva alegacion introducida por el demandado, distinta de la demanda y sujeta como ella á demostracion; ó para decirlo de una vez, es una verdadera accion deducida por el demandado. Así, puede definirse la excepcion: *la alegacion que hace el demandado de hechos ó de derechos que vengan á destruir la accion entablada por el demandante.*

Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ sunt autèm exceptiones defendendorum eorum gratiâ, cum quibus agitur: sæpè enim accidit, ut, licèt ipsa perse-

Pasamos á hablar de las excepciones que se dan como medios de defensa á favor de aquellos contra quienes van dirigidas las acciones. Ocurre, en efecto, frecuentemente

(1) Ley 10, tit. XI, lib. X de la Nov. Rec.
(2) Ley 9, tit. XI, lib. X de la Nov. Rec.
(3) En la introduccion al tit. VI de este Libro, pág. 500.

cutio, quâ actor experitur, justa sit, *tamen iniqua sit adversùs eum, cum quó agitur.*

que la accion que ejercita el demandante, aunque fundada en el derecho, carece de equidad cuando se intenta contra el demandado.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 116, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Tamèn iniqua sit adversùs eum cum quod agitur.—Esta injusticia relativa al demandado, puede ser efecto ó bien de la existencia de uu nuevo hecho que deje sin efecto el derecho deducido en el juicio, ó bien de la oposicion de otro derecho que sea mas eficaz que el reclamado.

1 Verbi gratiâ, si *metu coactus*, aut *doló inductus* aut *errore lcpsus* stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palàm est, jure civili te obligatum esse, et actio, quâ intenditur, dare te oportere, *efficax est*: sed iniquum est, te condemnari: ideòque datur tibi exceptio, metus causâ, aut doli mali, *aut in factum composita*, ad impugnandam actio-
1 nem (*a*). Idem juris est, si quis *quasi credendi causâ pecuniam stipulatus fuerit*, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum, certum est (dare enim te oportet, cùm ex stipulatu tenearis), sed quia iniquum est, eô nomine te condemnari, placet, *per exceptionem pecuniæ non numeratæ* te defendi debere (*b*), cujus tempora nos (secundùm quod jam superioribus libris scriptum est) constitutione nostrâ coarctavimus (*c*).

Por ejemplo, si obligado por mie- 1
do, inducido por dolo, ó arrastrado por error prometiste á Ticio como estipulante lo que no debias, claro es que, atendido el derecho civil, estás obligado, y que hay contra tí una accion eficaz en virtud de la cual te se puede exigir el cumplimiento; pero tu condenacion no seria justa, y así para rechazarla te se concede la excepcion por razon de mie-
do, de dolo, ó *in factum* (*a*). Lo mis- 2
mo sucede si otro estipula contigo, que le des una cantidad que él te ha de prestar y que no te entrega. En realidad, podrá pedirte dicha cantidad, puesto que le estás obligado en virtud de una estipulacion; mas como es injusto que seas condenado por semejante promesa, se ha establecido que puedas defenderte oponiendo la excepcion *non numeratæ pecuniæ* (*b*), cuya duracion hemos limitado por una constitucion, como queda dicho en los libros anteriores (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 36, tít. I, lib. XLV del Dig.)
(*b*) Tomado de Cayo. (§. 116, Com. IV de sus Inst.)
(*c*) La constitucion á que aquí se alude es la ley 14, tít. XXX, lib. IV del Cód.

Comentario.

Metu coactus.—El que cediendo al temor de males inminentes y considerables consiente en una obligacion que le perjudica, queda obligado (1), porque, como decian los jurisconsultos, la voluntad, aunque arrancada con violencia, es voluntad, pues el que consiente para evitar un mal mayor, elige lo que en aquel momento conviene mas á sus intereses. Sin embargo de esto, semejante obligacion es contraria á la equidad, porque es seguro que si hubiera estado en plena libertad la persona que obró bajo la impresion del miedo, no habria convenido en la obligacion; y de aquí la regla de derecho (2) en que se dice que nada hay tan contrario al consentimiento como la violencia y el miedo. Es claro que cuando hablo aquí de violencia, no puedo referirme á la violencia material que convierte al hombre en un instrumento; esta nunca puede producir efectos jurídicos contra el desgraciado que ha sido víctima de ella: los malvados que apoderándose de uno le cogieran la mano y le hicieran escribir ó signar un documento, cometerian un crimen, y de él nunca naceria una obligacion civil contra el oprimido que no consintió el acto de que fué agente material. En los casos, pues, en que ha habido coaccion moral, si la persona que nos impele á la obligacion por el temor que nos infundió, reclama el cumplimiento, se nos dá la excepcion *quod metus causâ* de que habla el texto. Pero para que tenga lugar esta excepcion, es necesario que el mal temido sea grave para nosotros ó para nuestra familia, mal que como suele decirse haga impresion en un varon de ánimo esforzado (3), que sea verosímil y difícil de evitar (4), y que se haya excitado el temor con el objeto de producir la obligacion (5). La excepcion tiene lugar no solamente contra el que materialmente ha causado la violencia, sino tambien contra el que quiere utilizar la obligacion que de la violencia resulta: así dice Ulpiano que esta excepcion es *in rem scripta*, esto es, que compete para destruir la obligacion que ha resultado del miedo, sea quien quiera el autor de la violencia (6).

Dolô inductus.—En otro lugar (7) he definido la palabra *dolo*, y por lo que dije allí, puede conocerse que el que lo emplea, ejerce una influencia moral sobre la voluntad de otro, determinándole á alguna

---

(1) §. 5, ley 21, tít. II, lib. IV del Dig.
(2) §. 1, ley 116 del mismo título y libro.
(3) §. 1, ley 5; §. 1, ley 7; §§. inicial, 1, 2 y 3, ley 8; leyes 21 y 22; y §§. 1 y 2, ley 23, tít. II, lib. IV del Dig.
(4) Ley 6; y §. inicial, ley 9, del mismo título y libro.
(5) §. 8, ley 9 del mismo título y libro; y §. 33, ley 4, tít. VI, lib. XLIV del Dig.
(6) §. 33, ley 4, tít. IV, lib. IV del Dig.
(7) En el comentario al §. 2, tít. XIV, lib. III de estas Instituciones.

cosa por motivos erróneos. Así como el miedo produce el efecto de que el hombre prefiera una cosa á otra para evitar un mal mayor: el dolo hace que se conforme de buen grado á la que rechazaria si conociera la verdad que se le oculta. Diferénciase la excepcion de dolo de la de miedo, en que aquella tiene solo lugar cuando el demandante es la persona responsable del dolo, al paso que esta, como acabo de exponer, compete, cualquiera que sea la persona de quien provenga el miedo ó la violencia, porque, como dice Ulpiano (1), *metus habet in se ignorantiam*, esto es, que muchas veces la persona que cediendo al miedo, ha otorgado una obligacion en que no hubiera convenido á estar en plena libertad, no puede señalar al autor de la violencia. Existe además otra diferencia entre estas dos excepciones: la *quod metus causâ* solo tiene lugar cuando se ha ejercido la violencia en el momento mismo del contrato ó de la enajenacion, al paso que la de dolo puede oponerse por un engaño hecho con posterioridad á la celebracion del contrato ó al acto de la enajenacion, y aun en el momento mismo en que la accion se intenta (2).

La excepcion de dolo es general; puede oponerse, no solo en el caso de que medie dolo propiamente dicho, sino tambien en lugar de la de *quod metus causâ*, porque el que inspira á otro miedo para inducirle á una obligacion, obra con dolo; pero la excepcion especial *quod metus causâ* es la única útil en el caso de que el miedo no sea imputable al demandante.

Errore lapsus.—No se trata aquí del error que, por recaer sobre el objeto mismo de la obligacion, anula el contrato, en los términos que en otro lugar (3) se ha manifestado, porque entonces no puede haber accion. El error á que se alude, es el que, habiendo servido para determinar la voluntad del que se obligó, no llega al punto de hacer nula la obligacion, atendido el derecho civil, pero que, sin embargo, es bastante para que á la obligacion falte la base de la equidad.

Efficax est.—Es decir, que tiene eficacia si no se la destruye por medio de una excepcion.

Aut in factum composita.—No es esta una clase especial de excepciones, sino una forma bajo la cual pueden concebirse, del mismo modo que las acciones que carecen de un nombre propio, suelen llamarse *in factum*. La misma excepcion de dolo es una excepcion *in factum*, y á ella aluden las palabras *aut in factum composita* de que usa el texto.

---

(1) §. 25, ley 14, tit. II, lib. IV del Dig.
(2) §. 5, ley 2, tit. IV, lib. XLIV del Dig.
(3) §. 23, tit. XIX, lib III de estas Inst.

Quasi credendi causâ pecuniam stipulatus fuerit.—A veces exigian los romanos, bien para mayor solemnidad, ó bien para mayor garantía, que interviniese una estipulacion en los contratos que no la necesitaban: así sucede en el caso que el texto presenta, en que antes de celebrarse el contrato de mútuo se hace preceder una estipulacion por la que el mutuario se obliga al pago de la suma que debe recibir. Si en tal caso el préstamo no llega á verificarse, no habrá contrato de mútuo, pero existirá la estipulacion y la accion que nace de ella: mas como realmente es injusto que se obligue á pagar en virtud de la estipulacion á aquel á quien no se ha entregado el dinero, motivo por el que contrató, se le concede la excepcion de que habla el texto.

Per exceptionem pecuniæ non numeratæ.—Esto prueba que la excepcion *non numeratæ pecuniæ* no tan solamente se da cuando se entabla una accion por consecuencia de un contrato literal, sino tambien cuando la entablada es la accion *ex stipulatu*. Excusado parece decir que en este caso tendrá tambien lugar la excepcion de dolo, porque realmente lo hay por parte del demandante (1). De la excepcion *non numeratæ pecuniæ* se ha hablado ya en otro lugar (2).

3 Prætereà debitor, si pactus fuerit cum creditore, ne à se peteretur, nihilominùs obligatus manet, quia *pactó conventó obligationes non omnimodó disolvuntur;* quâ de causâ efficax est adversùs eum actio, quâ actor intendit, SI PARET EUM DARE OPORTERE. Sed quia iniquum est, contra pactionem eum damnari, defenditur per exceptionem pacti con-
4 venti (*a*). Æquè si debitor deferente creditore juraverit, nihil se dare oportere, adhùc obligatus permanet. Sed quia iniquum est, de perjuriô quæri, defenditur tamen *per exceptionem jurisjurandi* (*b*).

El deudor que ha pactado con su acreedor que no se le reclame el pago, queda obligado sin embargo, porque el pacto no es un modo de extinguir las obligaciones de una manera absoluta: así, habrá contra él una accion eficaz en que la *intencion* del demandante será SI APARECE QUE ÉL DEBE DAR. Pero como seria injusto condenar al demandado contra lo convenido, podrá oponer á la accion la excepcion *pacti conven-*
ti (*a*). Igualmente si un deudor defi- 4
riéndole su acreedor un juramento, lo prestara diciendo que nada debia, queda aun obligado. Pero como es injusto investigar si hay ó no perjurio, se defenderá por la excepcion de juramento (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Cayo. (§. 116, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§§. inicial y 1, ley 9, tít. II, lib. XII del Dig.)

(1) §. 5, ley 2, tít. IV, lib. XLVI del Dig.
(2) En el tit. XXI, lib. III de estas Inst.

Pactô conventô obligationes non omnimodò dissolvuntur.—No aluden estas palabras á las obligaciones consensuales, que, como en otro lugar (1) queda expuesto, pueden disolverse por el consentimiento contrario de los que las otorgaron, ni tampoco á las acciones de injuria y de dolo, respecto á las que permitia especialmente la ley de las Doce Tablas hacer transacciones. Refiérense las palabras del texto á las obligaciones reales, verbales y literales, porque estas no quedan extinguidas por el mero consentimiento: así es que á pesar del pacto de remision, el deudor conservaba su accion, y por lo tanto para libertarse de ella el demandado, debia oponerse la excepcion *pacti conventi* de que aquí se habla.

Per exceptionem jurisjurandi.—Esta doctrina es consecuencia de la que se ha expuesto respecto al pacto, porque he manifestado ya (2) que cuando una parte pide que otra jure, y esta lo hace, hay una verdadera transaccion. En lugar de la excepcion *jurisjurandi*, que es *in factum*, podia tambien entablarse la general de *dolô*, porque mala fé hay por parte del que habiendo deferido juramento á su contrario, y sujetádose á pasar por él, se presenta despues reclamando un derecho que caducó, si no por los principios rigurosos del derecho civil, al menos por la equidad que viene á ser en este caso el complemento de la justicia.

4 In his quoquè actionibus, quibus
in rem agitur, æquè necessariæ
sunt exceptiones: veluti si petitore
deferente possessor juraverit, eam
rem suam esse, et nihilominùs eamdem rem petitor vindicet. Licèt enim
verum sit, quod intendit, id est, rem
ejus esse, iniquum est tamèn, posses-
5 sorem condemnari (a). Itèm si judiciô tecum actum fuerit, sive in rem
sive in personam, nihilominùs obligatio durat, et ideò ipsô jure posteà
de eâdem re adversùs te agi potest;
sed debes *per exceptionem rei judicatæ* adjuvari (*b*).

Las excepciones son tambien ne- 4
cesarias en las acciones reales, por ejemplo, si defiriendo el demandante el juramento al poseedor, este lo presta diciendo que la cosa le pertenece, y sin embargo el demandante de nuevo la reivindica; pues aunque la pretension del demandante sea verdadera, esto es, aunque la cosa sea suya, es injusto que el
poseedor sea condenado (*a*). De 5
la misma manera si hubiera habido un juicio contigo sobre una accion real ó personal, la obligacion permanece sin embargo, y por lo tanto se puede con arreglo á derecho entablar contra tí una accion por la misma cosa, pero debes ser auxiliado por la excepcion de la cosa juzgada (*b*).

(1) En el §. 4, tit. XXIX, lib. III de estas Inst.
(2) §. 11, tit. VI, lib. IV de estas Inst.

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo. (§. 117, Com. IV de sus Inst.)
(b) Conforme con Cayo. (§. 106 del mismo Comentario.)

Comentario.

Per exceptionem rei judicatæ.—La cosa juzgada constituye una verdad en el órden jurídico, *res judicata pro veritate accipitur* (1), es decir que la cosa juzgada por sí misma produce una presuncion *juris et de jure* que no admite prueba en contrario. Por esto se ha dicho de ella que hace de lo blanco negro, y de lo negro blanco. Así es que cuando se quisiera poner de nuevo en tela de juicio la misma cuestion ya terminada por una sentencia de que no se hubiera interpuesto oportunamente apelacion, ó de que no se pudiera interponer por ser ejecutoria, deberia oponerse á la demanda la excepcion de cosa juzgada. Pero para esto es necesario que la cuestion verse entre las mismas personas, acerca de la misma cosa, de la misma cantidad, y que sea la misma la causa de pedir, y el mismo el derecho deducido (2).

6 Hæc exempli causâ retulisse sufficiet. Alioquin, quàm ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.

7 *Quarum quædam ex legibus*, vel *ex his, quæ legis vicem obtinent*, vel *ex ipsius prætoris jurisdictione* substantiam capiunt.

Basta lo dicho por via de ejemplos. Puede verse en los mas extensos libros del Digesto ó de las Pandectas cuán numerosas y varias son las causas que hacen necesarias las excepciones. 6

Algunas de ellas nacen de las leyes ó de otros actos que hacen veces de leyes, y otras provienen de la jurisdiccion del pretor. 7

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 118, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Quorum quædam.—La division de excepciones que se indica en este texto proviene de su diverso orígen, que es tambien de donde dimana la division de obligaciones y de acciones en civiles y pretorias.

Ex legibus.—A esta clase de excepciones pertenece la *nisi bonis cesserit,* que se refiere á la cesion de bienes hecha por el deudor á sus acreedores, excepcion que trae su orígen de la ley Julia.

Ex his, quæ legis vicem obtinent.—Alúdese aquí á las excepcio-

(1) Ley 207, tít. XVII, lib. L del Dig.
(2) Leyes 3, 12 y siguientes, tít. II, lib. XLIV del Dig.

nes que previenen ó de un senado-consulto ó de una constitucion imperial. Excepcion dimanada de un senado-consulto, seria, por ejemplo, la que se opusiese por consecuencia del Macedoniano de que se ha tratado en otro lugar. Como ejemplo de excepcion dimanada de una constitucion imperial, puede citarse la que en casos dados tiene un fiador en virtud del rescripto del Emperador Adriano acerca del beneficio de division, cuando es insolvente uno de sus co-fiadores.

Ex ipsius prætoris jurisdictione.—En otro lugar se ha visto que el pretor fué el primero que introdujo las excepciones para mitigar el rigor del derecho civil, y que despues por actos legislativos se fueron haciendo aplicaciones nuevas á casos que los pretores antes no habian comprendido.

8 Appellantur autem exceptiones aliæ *perpetuæ* et *peremptoriæ*, aliæ *temporales* et *dilatoriæ*,

Hay unas excepciones que se llaman perpétuas y perentorias, y otras que se llaman temporales y dilatorias. 8

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (Ley 3, tít. I, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

Perpetuæ, temporales.—Esta division proviene de la duracion de las excepciones.

Peremptoriæ, dilatoriæ.—Esta division se refiere á los efectos que produce la excepcion, si bien es una consecuencia necesaria de la anterior, porque toda excepcion perpétua es perentoria, del mismo modo que toda excepcion temporal es dilatoria.

9 Perpetuæ et peremptoriæ sunt, *quæ sempèr agentibus obstant*, et sempèr rem, de quâ agitur, perimunt; qualis est *exceptio doli mali*, et *quod metus causâ* factum est, et pacti conventi, cùm ità convenerit, ne omninò pecunia peteretur.

Son acciones perpétuas y perentorias aquellas que pueden oponerse siempre á la accion, y que tambien siempre destruyen los efectos de la demanda: á esta clase pertenecen la excepcion de dolo, la *quod metus causâ* y la de pacto, si se hubiere convenido no pedir nunca la cantidad debida. 9

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (Ley 3, tít. I, lib. XLIV del Dig.)

Comentario.

Quæ sempèr agentibus obstant.—Quiere decir que las excepciones perpétuas y perentorias pueden en todo tiempo presentarse por

el demandado, y ser siempre un medio de destruir la accion del demandante. Por esto Cayo las define en un fragmento que se halla en el Digesto (1), *quæ sempèr locum habent neque evitari possunt*, con cuyas últimas palabras quiere significar claramente el jurisconsulto que no está en mano del actor evitar la excepcion defiriendo entablar su demanda.

Exceptio doli mali, quod metus causâ.—Hay un adagio jurídico que dice: *temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum.* Fúndase esta regla en que siendo la excepcion un medio de defensa, no puede entablarla aquel á quien compete, mientras el que tiene derecho á demandar no deduzca su accion: la justicia por lo tanto exige que no se limite á un tiempo dado el ejercicio de un derecho cuando no está en el arbitrio de aquel á quien por justa causa se concede, usarlo dentro de un término preciso. Esto explica por que al mismo tiempo que las acciones de dolo y *quod metus causâ* son temporales, las excepciones que llevan el mismo nombre y reconocen el mismo origen, tienen el carácter de perpétuas.

10 *Temporales atque dilatoriæ* sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt, qualis est pacti conventi, cùm convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium. Nam finitô eô tempore non impeditur actor rem exequi (*a*). Ergo hi quibus intra tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, *aut alia similis*, diferre debent actionem, et post tempus agere: ideò enim et dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioquin si intra tempus egerit, objectaque sit exceptio, neque eô judiciô quicquam consequerentur propter exceptionem; *nec post tempus olim agere poterant*, cum temerè rem in judicium deducebant et consumebant, quâ ratione rem amittebant (*b*). Hodiè autèm non ità strictè hæc procedere volumus, sed eum, qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus est, *Zenonianæ constitutioni* subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de his,

Las excepciones temporales y dilatorias son las que dañan por un tiempo determinado y procuran una dilacion; á esta clase pertenece la de pacto cuando se hubiere convenido que no se entablara la accion dentro de cierto tiempo, por ejemplo, en cinco años, porque, trascurrido que sea el término, nada impide entablarla al actor (*a*). Por lo tanto aquellos, cuya accion, si fuera intentada antes del término, podria ser rechazada por la excepcion de pacto ó por otra semejante, deben dilatar el entablarla haciéndolo despues del tiempo convenido: esta es la causa por que se llaman dilatorias estas excepciones. Por el contrario, si entablando la accion antes de pasar el tiempo, se opusiere la excepcion, nada podrán obtener los demandantes en aquel juicio. Antiguamente no les era permitido volver á entablarla despues de pasado el término, porque habiendo deducido temerariamente su accion 10

(1) Ley 5, tit. I, lib. XLIV.

qui tempore plus petierunt, protulit, ut et inducias, quas ipse actor spontè indulserit, vel natura actionis continet, contempserat, in duplum habeant hi, qui talem injuriam passi sunt, et post eas finitas non alitèr litem suscipiant, nisi omnes spensas litis anteà acceperint, ut actores, tali pœnâ perterriti, tempora litium doceantur observare (c).

la consumian, por cuya razon la perdian (b). Hoy no queremos que se proceda con tanto rigor, sino que cualquiera que osare entablar un pleito antes del término señalado en el pacto ó en la obligacion, queda sujeto á la constitucion del Emperador Zenon contra aquellos que pidieren mas de lo que se les debe por razon del tiempo: por lo tanto, si el demandante ha despreciado los términos en que él mismo habia convenido ó que la naturaleza de la accion lleva consigo, estos términos se doblarán á beneficio de aquel que haya sufrido tal perjuicio; y aun despues de espirar este término, en tanto será obligado el demandado á contestar á la demanda, en cuanto hubiere sido indemnizado de todos los gastos del pleito hechos anteriormente. De este modo el temor de semejante pena enseñará á los demandantes á observar los términos para introducir sus acciones (c).

ORIGENES.

(a) Tomado de Cayo. (§. 122, Com. IV de sus Inst.)
(b) Conforme con Cayo. (§. 123 del mismo Comentario.)
(c) La constitucion á que aquí se alude es la ley 2, tít. X, lib. III del Cód.

Comentario.

Temporales atque dilatoriæ.—Llámanse *temporales* estas excepciones porque solo por un tiempo dado pueden oponerse, y trascurrido, no és lícito al demandado presentarlas si se suscita contra él la demanda; y *dilatorias*, porque durante el expresado tiempo suspenden la eficacia de la accion. Cayo (1) las define, *quæ non sempèr locum habent, sed evitari possunt*: en efecto, para evitarlas solo tiene el actor que dilatar el deducir en juicio la accion, ó no incurrir en el exceso, en virtud del cual la excepcion se otorga.

Aut alias similes.—Cayo en sus Instituciones (2) pone como ejemplos de las excepciones temporales y dilatorias las denominadas *litis*

(1) Ley 3, tít. I, lib. IV del Dig.
(2) §. 122, Com. IV.

dividuæ y *rei residuæ*: la primera competia contra el que habiendo pedido parte de una cosa, solicitaba despues el resto de ella, mientras ejercia la magistratura el mismo ante quien dedujo la primera accion: la segunda competia contra el que pudiendo entablar diferentes pleitos contra una persona, lo hiciese solamente de algunos, dilatando hacerlo de otros con objeto de llevarlos ante diferentes jueces; en este caso si durante la magistratura de aquel ante quien se presentó pidiendo accion y jueces, tratase de deducir las acciones que no quiso presentar con las otras, podia ser rechazado por la excepcion *rei residuæ*. Con el sistema formulario y con la cesacion de la renovacion anual de los magistrados, debieron caducar estas excepciones.

Nec post tempus olim agere poterant.—Al tratar de la *plus peticion* (1) se ha visto que por derecho antiguo el que pedia mas de lo que se le debia, perdia la accion para siempre, y que uno de los modos de pedir mas, era por razon del tiempo, esto es, reclamando antes del plazo lo que no se podia pedir hasta que se cumpliese.

Zenonianæ constitutioni.—De esta constitucion he hablado ya al tratar de la *plus peticion*.

11 Prætereà etiàm *ex personâ* dilatoriæ sunt exceptiones; *quales sunt procuratoriæ*, veluti si per militem aut *mulierem* agere quis velit (*a*): nam militibus nec pro patre vel matre vel uxore, nec ex sacrô rescriptô procuratoriô nomine experiri conceditur (*b*); suis verò negotiis superesse sine ofensâ disciplinæ possunt (*c*). Eas verò exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis vel ipsius procuratoris opponebantur, cùm in judiciis frequentari nullô perspeximus modô, conquiescere sancimus, ne, dùm de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

Hay además otras excepciones dilatorias por razon de la persona: tales son las procuratorias, por ejemplo, si uno quiere entablar una accion teniendo por procurador á un soldado ó á una mujer (*a*), porque á los soldados no es lícito demandar como procuradores ni aun en representacion de su padre, de su madre, de su mujer, ni aun suponiendo que estén autorizados al efecto por un rescripto imperial (*b*); mas pueden agitar en juicio sus propios negocios sin faltar á la disciplina militar (*c*). Hemos determinado que queden extinguidas las excepciones que en otro tiempo se oponian á los procuradores por la infamia del que daba la procuracion ó del que la recibia, pues hemos visto que no están en uso en los juicios: así se ha evitado que disputándose acerca de ella, se dilate la discusion del proceso. 11

(1) §. 33, tit. VI, lib. IV de estas Inst.
(2) Dicho §. 33.

ORIGENES.

(a) Conforme con Cayo (§. 124, Com. IV, de sus Inst.)
(b) Conforme con una constitucion del Emperador Alejandro Severo, que es la ley 7, tít. II, lib. XII del Cód.
(c) Conforme con otra constitucion del mismo Emperador, que es la ley 7, del mismo título y libro.

Comentario.

Ex personâ.—De las excepciones temporales ó dilatorias hay unas que se refieren al fondo mismo de la cuestion, como son las mencionadas en los párrafos antecedentes, y otras que tocan á la constitucion del juicio. Algunas de estas últimas hacen relacion á la persona del juez, como sucede con las de recusacion é incompetencia; otras á las personas de los litigantes, como las en que se trata de la incapacidad legal para comparecer en juicio; otras, finalmente, se refieren á los procuradores por no poder racaer en ellos semejante carácter, ó porque no se les ha conferido.

Quales sunt procuratoriæ.—Cayo habla de las excepciones llamadas *cognitorias*: en su lugar, Justiniano debió hablar de las procuratorias, como aquí lo hace. Estas son las referentes á las personas que se presentan en juicio en calidad de procuradores no teniendo capacidad ó autorizacion para representar á otros.

Mulierem.—Las mujeres estaban excluidas por razones de moralidad de todos los oficios civiles ó públicos; así dice Ulpiano (1): *feminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt; et ideò nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro aliô intervenire, nec procuratores existere.* Esta prohibicion no impide que las mujeres se presenten defendiendo sus propios negocios (2).

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Nuestro derecho (3) ha adoptado sustancialmente las doctrinas expuestas respecto al romano, y señala el término de nueve dias contados desde que se concluye el del emplazamiento para proponer y probar las excepciones dilatorias, y el de veinte dias desde el en que espiran los nueve concedidos para contestar á la demanda, para pro-

(1) Ley 2, tit. XVII, lib. L del Dig.
(2) Ley 4, tit. XII, lib. II del Cód.
(3) Leyes 8 y siguientes, tit. III; ley 5, tit. V; y ley 2, tit. XI, Part. III.

poner las perentorias, debiendo presentarse al propio tiempo las escrituras en que se fundan, ó jurar que hay testigos con quienes se cree poder probarlas; pasados los veinte dias solo podrán admitirse las que de nuevo nazcan, ó jurando el que las deduzca que antes no llegaron á su noticia (1). Excusado es repetir que no habiendo en España diferencia entre el derecho civil y el pretorio, tampoco puede haberla entre las excepciones civiles y pretorias.

TITULUS XIV.

De replicationibus.

TITULO XIV.

De las réplicas.

En otro lugar (2) he hablado de las réplicas considerándolas con relacion al sistema formulario. Los principios que allí expuse, son del todo aplicables á este lugar. Puede conocerse, por lo tanto, que son unas alegaciones que hace el demandante contra las excepciones propuestas por el demandado, para fortalecer mas su accion; por esto dice Paulo (3): *replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.*

Interdùm evenit, ut exceptio, quæ primâ facie justa videatur, iniquè noceat. Quod cùm accidit, *aliâ allegatione opus est*, adjuvandi actoris gratiâ, quæ replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur vis exceptiones. Veluti cùm pactus est aliquis cum debitore suô, ne ab eô pecuniam petat, deinde posteà in contrarium pacti sunt, id est, ut petere creditori liceat; si agat creditor, et excipiat debitor, ut ità demùm condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio (convenit enim ità: namque nihilominùs hoc verum manet, licèt posteà in contrarium pacti sunt): sed quia iniquum est, creditorem

A veces sucede que una excepcion, justa á primera vista, cause un perjuicio injusto. Cuando esto acaece, es necesario otra alegacion con la que se defienda el demandandante: esta alegacion se llama réplica, porque por ella se rechaza y se resuelve el derecho que resulta de la excepcion. Por ejemplo, cuando alguno ha pactado con su deudor que no le pida la deuda y despues hacen otro pacto contrario, esto es, que sea lícito al acreedor el reclamarla; en tal caso si entablada la accion, el deudor opone la excepcion del pacto de no pedir, la excepcion dañara al demandante, (porque la existencia de este pacto es verdadera, aunque despues ha-

(1) Ley 1, tit. VII, lib. XI de la Nov. Rec.
(2) En la introduccion al tit. VI, lib. IV de estas Inst.
(3) §. 1, ley 22, tit. 1, lib. XLIV del Dig.

excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pactô conventô.

yan pactado lo contrario.) Pero como seria injusto que el acreedor fuera excluido, se le concede una réplica, fundada en el último pacto.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 126, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Aliâ allegatione opus est.—Esta doctrina, que por regla general es incuestionable, no tenia lugar en el caso de querer oponerse la réplica de dolo contra la excepcion de dolo (1): de este modo se conseguia que el demandante, cuya accion era resultado de la mala fé, no pudiera salir triunfante y obtener premio por su fraude.

1 Rursùs interdùm evenit, ut replicatio, quæ primâ facie justa sit, iniquè noceat. Quod cùm accidit, aliâ allegatione opus est, adjuvandi rei gratiâ, quæ *duplicatio* vocatur.

Sucede tambien á veces que una réplica, justa á primera vista, cause un perjuicio injusto. Cuando sucede esto, necesaria es una nueva alegacion para proteger al demandado; á esta se da el nombre de dúplica. 1

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 127, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Duplicatio.—Téngase aquí presente lo dicho en otro lugar (2) acerca de la dúplica, lo mismo que lo que se indicó respecto á la tríplica de que habla el Emperador en el párrafo que sigue.

2 Et si rursùs ea primâ facie justa videatur, sed propter aliquam causam iniquè actori noceat, rursùs allegatione aliâ opus est, quâ actor adjuvetur, quæ dicitur triplicatio.

Si la dúplica justa á primera vista, por cualquier motivo dañase injustamente al actor, este necesita de un nuevo auxilio, que se llama tríplica. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 128, Com. IV de sus Inst.)

3 Quarum omnium *exceptionum* usum, interdùm ulteriùs, quàm di-

La diversidad de negocios ha introducido á veces otras excepciones, 3

---

(1) §. 13, ley 4, tit. IV, lib. XLIV del Dig.
(2) En la introduccion al tit. VI, lib. IV de esta obra.

ximus, varietas negotiorum introducit; quas omnes apertiùs ex latiore Digestorum volumine facile est cognoscere.

todas las cuales pueden con mayor claridad conocerse por la mas lata obra del Digesto.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§. 129, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Exceptionum.—Obsérvese que aquí se usa de la palabra genérica *exceptiones*, para comprender no solo á las que se denominan así en el sentido estricto y especial de la palabra, sino á las réplicas, dúplicas, tríplicas y ulteriores alegaciones de los litigantes: en efecto, si como ya se ha dicho, la réplica es una excepcion de la excepcion, la dúplica es una excepcion de la réplica, la tríplica una excepcion de la dúplica, y así sucesivamente.

4 Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumquè *acommodari solent etiam fidejusoribus* ejus: et rectè: quia, quod ab his petitur, id ab ipsô debitore peti videtur, *quia mandati judiciò* redditurus est eis, quod hi pro eô solverint. Quâ ratione et, si *de non petendâ pecuniâ pactus* quis cum reô fuerit, placuit, perindè sucurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoquè, qui pro eô obligati essent, ac si et cum ipsis pactus esset, ne ab eis ea pecunia peteretur (*a*). Sanè quædam exceptiones *non solent his accommodari.* Eccè enim debitor, *si bonis suis cesserit*, et cum cô creditor experiatur, defenditur per exceptionem, NISI BONIS CESSERIT: sed hæc exceptio fidejussoribus non datur, scilicèt ideò, quia, qui alios pro debitore obligat, hoc maximè prospicit, ut, cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab his, quos pro eô obligavit, suum consequi (b).

Las excepciones por medio de las cuales el deudor se defiende, se dan tambien comunmente á sus fiadores, y con razon, porque lo que de estos se reclame, parece que se reclama del mismo deudor, el cual por la accion de mandato debe restituirles lo que pagaron por él. Por este motivo cuando alguno pactase con el demandado no pedirle la deuda, podrán oponer la excepcion de pacto los que se obligaron por el deudor, del mismo modo que si se hubiera pactado con ellos que no se les pidiese (*a*). Hay, sin embargo, algunas excepciones que no se conceden á estos. Así sucede, por ejemplo, cuando el deudor hiciere cesion de bienes y el acreedor le persiguiere, en cuyo caso podrá aquel defenderse por la excepcion NISI BONIS CESSERIT; pero esta excepcion no alcanza á los fiadores, porque el que exige que otros respondan por el deudor, tiene por principal objeto que en el caso de insolvencia de este pueda conseguir su crédito de aquellos que lo garantieron (*b*). 4

ORIGENES.

(a) Conforme con Marciano. (Ley 19, tít. I, lib. XLIV del Dig.)
(b) Conforme con Paulo. (§. inicial, ley 24, tít. I, lib. XLII del Dig.)

Comentario.

Accomodari solent etiam fidejussoribus. — Estas excepciones se llaman *rei cohærentes*, porque independientemente de las circunstancias de las personas, provienen de una causa que se refiere á la misma cosa.

Quia mandati judiciô.—Si la excepcion que alega el demandado cuando no es personalísima, no alcanzara al fiador, vendria á resultar que, como este en virtud de la accion de mandato puede conseguir de aquel por quien pagó, que le indemnice, segun queda dicho antes de ahora (1), de nada aprovecharia la excepcion. Pero si no compete la accion de mandato, como sucede en el caso de que la fianza se haya prestado con ánimo de donar, la excepcion entonces se entenderá limitada al demandado (2).

De non petendâ pecuniâ pactus.—Hay pactos, segun Ulpiano (3), que son *in rem*, y otros que son *in personam*: y el mismo jurisconsulto dice que se llaman *in rem* cuando se pacta generalmente no pedir, é *in personam* cuando se limitan á que no se pida á una persona determinada, y que no solamente debe atenderse á las palabras, sino tambien á la intencion de los contrayentes para apreciar estas diferencias, porque el nombre de la persona se pone á veces en la convencion no con el objeto de hacer el pacto personal, sino para demostrar la persona con quien se pacta. Esto supuesto, cuando el pacto es *in rem*, aprovechará á los fiadores, no cuando es *in personam*.

Non solent his accommodari.—Esta doctrina tiene lugar en las excepciones personales, esto es, en las inherentes á la persona, de las que dice Paulo (4): *exceptiones quæ cujusque personæ cohærent non transeunt ad alios*. El texto que comento presenta ejemplo de estas excepciones al hablar del deudor que ha hecho cesion de sus bienes: á la misma clase pertenece el pacto personal de no pedir.

Si bonis suis cesserit.—El texto en concisas, pero significativas palabras manifiesta la razon por que no debe aprovechar en este caso á los fiadores el beneficio de competencia.

---

(1) §. 6, tít. XXI, lib. III de estas Inst.
(2) Ley 32, tít. XIV, lib. II; y §. 3, ley 9, tít. VI, lib. XIV del Dig.
(3) §. 8, ley 7, tít. XIV, lib. II del Dig.
(4) §. inicial, ley 7, tít. I, lib. XLIV del Dig.

TITULUS XV.

De interdictis.

TITULO XV.

De los interdictos.

El Emperador Justiniano en el párrafo inicial de este título, que á continuacion se trascribe, dice que los interdictos eran fórmulas, *formæ atque conceptiones verborum*, por las que el pretor mandaba ó prohibia hacer alguna cosa. En el concepto de fórmulas se asemejaban á las acciones, pero en lo antiguo se diferenciaban de ellas esencialmente en puntos gravísimos. En efecto, al dar la accion nada determinaba el pretor respecto al fondo del litigio, sino que fijando solamente las cuestiones que debian ser objeto del juicio, enviaba á los litigantes ante los jueces, a los que revestia del poder de condenar ó de absolver, de modo que la accion venia á ser la causa inmediata de un juicio: en los interdictos por el contrario el magistrado terminaba por sí mismo le cuestion, intimando un precepto á una parte ó á ambas en términos imperativos que exigian una obediencia inmediata. Si la parte, á quien se imponia esta órden, rehusaba obedecerla, ó si contestaba á los hechos que la habian promovido, la parte contraria podia entablar una accion propiamente dicha, en la cual el juez examinaba si el demandado habia rehusado obedecer ó si su contestacion estaba fundada en la justicia, y así en este caso el interdicto venia á ser ocasion de un juicio; pero no habia lugar á procedimiento ulterior cuando la parte contra quien se daba el interdicto, voluntariamente se sometia á él (1). Diferenciábase tambien el interdicto de la accion, en que para esta era necesario que el demandante se fundase en un derecho reconocido por la ley ó por otras fuentes del derecho asimiladas á las leyes, lo que no sucedia en los interdictos.

Para formar mas exacta idea de esto último, conviene fijarse en el orígen y naturaleza de los interdictos. Faltan los datos necesarios para determinar con precision la época y las causas de la introduccion de los interdictos, pero su misma índole y forma facilitan conjeturarlas con bastante probabilidad á mi juicio. Toda accion supone la violacion de un derecho reconocido por la ley, tomando esta palabra en un sentido lato de modo que comprenda las diversas partes que entre los romanos componian el derecho escrito. Pero además de estos derechos existen en todas las naciones, y especialmente en las que están en la infancia, relaciones é intereses que, aunque dignos de la mayor consi-

(1) §§. 139, 141, 162, 163, 164 y 165, Com. IV de las Inst. de Cayo.

deracion, no han sido nunca reconocidos expresamente por el legislador: así, en Roma la posesion, esta necesidad social universalmente reconocida, fué considerada como un simple hecho y no protegida por ninguna sancion legal; asi tambien respecto á las cosas comunes, públicas y de universidad, y aun bajo cierto aspecto las sagradas y religiosas, no se concedian acciones, lo que debia fundarse en que habiendo sido establecidas en favor de todos, no se consideraban como capaces de constituir un derecho propiamente dicho á favor de un ciudadano particular. La falta de medios legales hubiera producido desórdenes y turbacion de la paz pública, si los que eran privados del uso de tales derechos sin razon alguna, hubieran tenido que apelar á la fuerza para conservarlos. De aquí debió provenir que el pretor, mas que en desempeño de su jurisdiccion, en virtud de su *imperio*, para conservar el órden é impedir que los particulares acudiesen á vias de hecho, tomase instantáneamente las medidas que fueran al efecto necesarias. Bonjean á quien pertenecen las reflexiones que anteceden, comprueba la exactitud de este modo de considerar los interdictos, haciendo observar que casi todos ellos versan sobre objetos que en los pueblos modernos son considerados como propios de la policía administrativa, tales como la navegacion de los rios, el uso de las riberas, y la circulacion por las calles y caminos, y que solo los interdictos posesorios son los que se refieren al interés privado, y aun respecto á ellos y especialmente al *unde vi*, es fácil manifestar los puntos de contacto que tienen con el órden público. La órden del magistrado venia á ser para aquel á cuyo favor se habia expedido, el orígen de un derecho verdadero que daba lugar á una accion.

La historia no refiere lo medios judiciales usados antes de los interdictos para satisfacer el mismo fin: es de presumir que su uso comenzaria en los primeros tiempos de los pretores, y por lo tanto que ya tuvieron existencia durante el sistema de las acciones de ley. En su principio se daba un decreto especial para cada negocio, pero exigiendo la repeticion de casos medidas generales, los pretores incluyeron en el edicto las fórmulas de los interdictos: de aqui provino que en lugar de acudir dos veces al magistrado, como antes se hacia, una para obtener el interdicto y otra para conseguir la accion contra aquel que obraba infringiéndolo, bastase acudir una sola vez pidiendo una accion contra la persona que habia contravenido á lo que estaba prescrito por regla general en el *album* del pretor. Con el tiempo la mayor parte de intereses que estaban en su orígen protegidos por los interdictos, fueron considerados como derechos y protegidos directamente por acciones. Hé aquí la explicacion de que haya interdictos y acciones que vienen á tener un mismo objeto, como sucede con el interdicto Salviano y la accion Serviana, con el interdicto *quorum bonorum* y la peticion de la herencia pretoria, con los interdictos

exhibitorios y la accion *ad exhibendum*. De estas trasformaciones sucesivas dimana que los interdictos propiamente tales no existieran en tiempo de Justiniano, y que fueran reemplazados por acciones en el sentido que se daba á esta palabra en el sistema de los juicios extraordinarios.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu *actionibus*, *quæ pro his exercentur*: Erant autem interdicta *formæ atque conceptiones verborum*, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat. Quod tùnc maximè faciebat, cùm de possesione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

Síguese que tratemos de los interdictos ó de las acciones que los reemplazan. Los interdictos eran fórmulas por las cuales el pretor mandaba ó prohibia hacer alguna cosa, lo que sucedia especialmente cuando se disputaba antre algunos acerca de la posesion ó de la cuasi-posesion.

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 138 y 139, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Actionibus quæ pro his exercentur.—Véase aquí cómo el Emperador expresa lo que acabo de manifestar en la introduccion de este título, á saber, que en su tiempo los interdictos habian degenerado en verdaderas acciones.

Formæ atque conceptiones verborum.—Queda tambien explicada en la introduccion del título la significacion de estas palabras.

1 Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt, quibus vetat aliquid fieri, *veluti vim sine vitiô possidenti*, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi, vel in locô sacrô ædificari, vel in flumine publicô ripâve ejus aliquid fieri, quo pejùs navigetur (*a*). Restitutoria sunt, *quibus restitui aliquid jubet*, *veluti* bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro possessore possidet ex eâ hæreditate, aut cùm jubet ei, qui vi possessione fundi dejectus sit, restitui possessionem. *Exhibitoria* sunt, per quæ jubet exhiberi

La principal division de interdictos es que son ó prohibitorios, ó restitutorios, ó exhibitorios: son prohibitorios aquellos en que el pretor prohibe que se haga alguna cosa, por ejemplo, causar violencia al que posee sin vicio ó al que lleva á sepultar un cadáver en un sitio en que tiene derecho de hacerlo, ó edificar en lugar sagrado, ó hacer en un rio público ó en sus riberas cosa que perjudique á la navegacion (*a*). Son restitutorios los interdictos en que el pretor manda restituir alguna cosa, por ejemplo, al *bonorum poseedor* los bienes de una herencia que otro posee en calidad de heredero, ó como mero 1

veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit, aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt (*b*). Sunt tamen, qui putant, propriè interdicta ea vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere est denuntiare et prohibere; restitutoria autem et exhibitoria propriè decreta vocari (*c*): sed tamèn obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.

poseedor, ó cuando manda restituir la posesion de una heredad al que fué despojada de ella por fuerza. Son exhibitorios los interdictos en que el pretor manda exhibir, por ejemplo, un hombre cuya libertad está en litigio, ó un liberto cuyos servicios reclama el patrono ó los descendientes sobre los cuales quiere ejercer su potestad el ascendiente (*b*). Hay, sin embargo, algunos que creen que solo se da propiamente el nombre de interdictos á los que son prohibitorios, porque la palabra *interdicere* equivale á *denuntiare* y *prohibere*, y que los restitutorios y exhibitorios deben llamarse decretos (*c*): ha prevalecido, sin embargo, que se dé á todos el nombre de interdictos, porque todos son decisiones entre dos partes.

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 140 y 142. Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Cayo. (§§. 144 y 162, Com. IV de sus Inst.)
(*c*) Conforme con Cayo. (§§. 139 y 140, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Veluti vim sine vitiô possidenti.—Los interdictos prohibitorios que aquí menciona el Emperador están solo puestos por ejemplo. Completaré esta parte del texto. Los interdictos prohibitorios se dividen en *no posesorios* y en *posesorios*.

Son *no posesorios* los interdictos: 1.° *de mortuô inferendô* (1), cuyo objeto es proteger las inhumaciones; 2.° *de sepulchrô œdificandô* (2), que muy semejante al anterior protege la edificacion de los sepulcros; 3.° *ne quid in locô sacrô fiat* (3), para defender los lugares sagrados y evitar profanaciones; 4.° *ne quid in locô publicô vel itinere fiat*, (4); para impedir las obras que estorbaren á los ciudadanos el goce de las cosas públicas con arreglo á su destino; 5.° *de locô publicô*

(1) §. 1, ley 1, tít. VIII, lib. XI del Dig.
(2) §. 5 de la misma ley 1.
(3) Tít. VI, lib. XLIII del Dig.
(4) Tít. VIII del mismo libro.

fruendô (1), á favor de los que tomaban en arrendamiento ciertas cosas públicas; 6.° *de viâ publicâ et itinere publicô reficiendô* (2), otorgado á los que reparaban ó componian la via pública; 7.° *ne quis viâ publicâ, itinereve publicô ire, agere prohibeatur* (3), interdicto muy semejante al *ne quid in locô publicô vel itinere fiat*, pero que protegia mas abiertamente la circulacion de la via pública; 8.° *ne quid in flumine publicô, ripâve ejus fiat quo pejùs navigetur* (4), interdicto con lo cual se impedia todo lo que pudiera estorbar á la navegacion fluvial; 9.° *ne quid in flumine publicô, ripâve ejus fiat quo alitèr aqua fluat, atque uti priori æstate fluxit* (5), contra los que cambiaban el curso de las aguas de los rios; 10.° *ne quis in flumine publicô navigare prohibeatur* (6), interdicto que tiene íntima conexion con el que he enumerado como octavo; 11.° *de ripâ muniendâ* (7), cuyo objeto era hacer reparaciones en las riberas de los rios para evitarles daños, del mismo modo que á los campos limítrofes, pero cuidando de no perjudicar al uso público del rio; 12.° *de arboribus cædendis*, interdicto que tiene dos capítulos, ambos prohibitorios, de los cuales el uno autoriza al dueño de un edificio sobre el cual domina un árbol del vecino, si este no lo quita, á cortarlo enteramente (8), y el otro que introdujo el pretor, siguiendo las leyes de las Doce Tablas (9), permite que cuando un árbol del vecino hace sombra á nuestra heredad, y el vecino no lo corta hasta la altura de quince piés, lo cortemos á la misma altura por nosotros mismos (10): 13.° *de glande legendâ*, en virtud del cual se protege al dueño de los frutos que caen sobre la heredad del vecino, para que pueda sacarlos dentro del tercer dia (11); 14.° *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, por el que se auxilia á los que por cualquier título son puestos en posesion de bienes de otra persona (12); 15.° *de aquâ ex castellô*; interdicto que no debe confundirse con los que protegen las servidumbres de agua, y que viene en auxilio de aquellos que tienen derecho á una cantidad de agua alimentada por un curso de agua pública (13); 16.° *de migrandô*, que está introducido á favor

---

(1) Tit. IX, lib. XLIII del Dig.
(2) Tit. XI del mismo libro.
(3) §. 45, ley 2, tit. VIII del mismo libro.
(4) Tit. XII, lib. XLVI del Dig.
(5) Tit. XIII, lib. XLIII del Dig.
(6) Tit. XIV del mismo libro.
(7) Tit. XV del mismo libro.
(8) §. inicial, ley 1, tit. XXVII del mismo libro.
(9) §. 8 de dicha ley 1.
(10) §. 7 de la misma ley 1.
(11) Tit. XXVIII, lib. XLIII del Dig.
(12) §. 17, ley 1, tit. XII del mismo libro; y §. 159, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(13) §. 38, ley 1, tít. XX, lib. XLIII del Dig.

del inquilino que despues de pagada la renta quiere salir de la casa, contra el dueño de ella que se opone á que saque los muebles afectos al pago del inquilinato.

Son interdictos posesorios: 1.° *uti possidetis*; 2.° *utrubi*; 3.° *de itinere actuque privatô*; 4.° *de aquâ quotidianâ*; 5.° *de aquâ æstivâ* 6.° *de rivis*; 7.° *de fonte*; 8.° *de cloacis*; 9.° *de operis novi nuntiatione*. De estos interdictos se hablará mas adelante.

Quibus restitui aliquid jubet, veluti.—Conviene observar que la palabra *restituere* se toma aquí en un sentido mas lato que el que comunmente se da á la palabra *restituir*, porque no se refiere solo á recobrar las cosas que nos han pertenecido, sino tambien á la adquisicion de aquellas sobre las que no teniamos antes derecho alguno: así es que en el texto que comento, los interdictos *adipiscendæ possessionis* se hallan colocados entre los restitutorios.

Debo advertir aquí que á la mayor parte de los interdictos prohibitorios que protegen derechos reconocidos por la ley, corresponden otros interdictos restitutorios cuyo objeto es destruir lo hecho en contravencion á la prohibicion de los primeros. Bajo este supuesto paso á enumerar los principales interdictos restitutorios: 1.° el interdicto dirigido á restablecer la via pública á su antiguo estado, el cual se oponia al prohibitorio que impedia todo lo que la perjudicase (1); 2.° el interdicto para destruir lo que se hubiere hecho perjudicando á la navegacion de los rios, que se oponia al interdicto prohibitorio que impedia causar tales perjuicios (2); 3.° el interdicto que se daba para restablecer el curso antiguo de las aguas, que se oponia al interdicto prohibitorio que vedaba cambiar su curso (3); 4.° el interdicto prohibitorio *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit*, que se concedia tambien como interdicto restitutorio (4); 5.° el interdicto *de cloacis* que era prohibitorio y restitutorio á la vez (5); 6.° el interdicto que tenia por objeto la destruccion de la obra hecha en infraccion de la órden que mandaba suspender los trabajos, el cual se oponia al interdicto prohibitorio *de operis novi nuntiatione* (6); 7.° el interdicto para quitar las ruinas causadas por un edificio que se habia desplomado sobre la propiedad del vecino antes de que prestara el dueño la caucion *damni infecti* (7) de que se ha hablado en otro lugar; 8.° el interdicto *quod vi aut clàm* con que se auxiliaba á aquellos á quienes per-

---

(1) §. 35, ley 2, tít. VIII, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 19, ley 1, tít. XII del mismo libro.
(3) §. 11, ley 1, tít. XIII del mismo libro.
(4) §. 2, ley 3, tít. IV del mismo libro.
(5) §. 13, ley 1, tít. XXIII del mismo libro.
(6) §. 7, ley 1: §. inicial, ley 20; y §. 4, ley 21, tít. I, lib. XXXIX del Dig.
(7) §. 2, ley 7, tít. II del mismo libro.

judicaba una obra ya hecha á pesar de la prohibicion del perjudicado, ó evitando que tuviera de ella conocimiento (1); 9.° el interdicto llamado *fraudatorio* que, como la accion Pauliana, tenia por objeto revocar los actos del deudor en fraude de sus acreedores (2); 10.° todos los interdictos de adquirir la posesion, y 11.° todos los interdictos de recuperar la posesion.

Exhibitoria.—Los interdictos exhibitorios son: 1.° *de homine liberô exhibendô*, cuyo objeto es que no sea detenido ilegalmente el hombre libre (3); 2.° *de liberis exhibendis*, el cual compete al padre de familia para que se le exhiban los descendientes sometidos á su potestad á fin de reivindicarlos (4); 3.° *de libertô exhibendô*, concedido al patrono para que se le exhiba el liberto que ha sido manumitido con la obligacion de prestar servicios (5); 4.° el interdicto que tiene por objeto la exhibicion de personas de cuyo estado se litiga, interdicto de que no hay ninguna otra noticia mas que la que Justiniano da en el párrafo que comento, y 5.° el *de tabulis exhibendis*, con que el pretor venia en auxilio de los que no siendo dueños de un testamento, estaban interesados en conocer alguna de sus disposiciones (6).

No debe creerse que uno mismo era el objeto de la accion *ad exhibendum* y de los interdictos exhibitorios: la primera tenia lugar solo respecto de las cosas, y por lo tanto tambien acerca de los esclavos; los interdictos exhibitorios por el contrario hacian relacion á las personas libres (7). De esta regla se separaba el interdicto *de tabulis exhibendis*, anomalía que algunos atribuyen á que el testamento podia contener la manumision de esclavos.

2 *Sequens divisio* interdictorum hæc est, quod quædam adispiccndæ possessionis causâ comparata sunt, quædam retinendæ, quædam recuperandæ.

La segunda division de los interdictos es que unos se dan para adquirir, otros para retener y otros para recobrar la posesion. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 143, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Sequens divisio.—Mas que division es esta una subdivision de los interdictos que se refieren á los derechos individuales de los ciudada-

---

(1) Tít. XXIV, lib. XLIII del Dig.
(2) §. inicial, ley 10, tít. VIII, lib. XLII del Dig.
(3) Tít. XXIX, lib. XLIII del Dig.
(4) Tít. XXX del mismo libro.
(5) §. 162, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(6) Tít. V, lib. XLIII del Dig.
(7) Ley 13, tít. IV, lib. X del Dig.

nos, *ad rem familiarem*, como dice Paulo (1). Esta division debe combinarse con la anterior, porque los interdictos, de que aquí se habla, son tambien prohibitorios ó restitutorios.

3 *Adispiscendæ possessionis* causâ interdictum *accommodatur bonorum possessori*, quod appellatur QUORUM BONORUM, ejusque vis et potestas hæc est, ut, quod ex his bonis quisque, quorum possessio alicui data est, *pro hærede aut pro possessore* possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, *restituere debeat* (pro hærede autem possidere videtur, qui putat, se hæredem esse; pro possessore is possidet, qui nullô jure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere, possidet). Ideò autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantùm utile est, qui nùnc primùm conatur adipisci rei possessionem: itaque si quis, adeptus possessionem, amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est (*a*). Interdictum quoquè, *quod appellatur Salvianum*, adipiscendæ possessionis causâ comparatum est, eòque utitur dominus fundi *de rebus coloni*, quas *is* pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset (*b*).

Para adquirir la posesiom se da 3 al *bonorum poseedor* el interdicto QUORUM BONORUM: su efecto es obligar al que posee, ya en concepto de heredero, ya en el de poseedor, alguna parte de los bienes á que los restituya á aquel á quien se ha dado la *bonorum posesion.* (Posee á título de heredero el que cree que realmente lo es; y posee como poseedor el que sin tener derecho alguno, y sabiendo que no le pertenece, posee una cosa hereditaria, ó tal vez toda la herencia.) Dícese que este interdicto es para adquirir la posesion, porque solo aprovecha al que por primera vez quiere adquirirla. No será útil por lo tanto á aquel que, habiéndola ya conseguido, la perdió (*a*). Tambien se da para adquirir la posesion el interdicto llamado Salviano, y de él usa el propietario de una heredad respecto de las cosas del colono que este hubiera pactado que quedasen hipotecadas al pago de los arrendamientos (*b*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 144, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Copiado de Cayo. (§. 147 del mismo comentario.)

Comentario.

Adipiscendæ possessionis.—Entiéndese por interdictos para adquirir la posesion aquellos que se nos dan á fin de obtener la que antes no habíamos disfrutado. En este texto se habla solo de los llamados *quorum bonorum* y Salviano: ligeramente haré indicacion de los demás. Estos son: el *posesorio* (*possessorium*), el *sectorio* (*sectorium*), el

(1) §. 3, ley 2, tit. I, lib. XLIII del Dig.

quod legatorum y el *quô itinere*. El interdicto *posesorio* era el que antiguamente se daba al comprador universal de los bienes, *emptor bonorum*, para obtener la posesion de lo que habia comprado (1). Este comprador, como en otro lugar (2) he manifestado, era un sucesor universal; pero la adjudicacion de los bienes no le daba el dominio quiritario, sino que se reputaba *in bonis* lo vendido hasta que por medio de lo usucapion adquiria la propiedad civil (3): de aquí es, que no correspondiéndole la reivindicacion, y no pudiendo por otra parte entablar la accion Publiciana, porque no habia empezado á poseer, ni habia por lo tanto perdido la posesion, se le concediera este interdicto para que empezara á poseer. El interdicto sectorio, *sectorium*, de la misma naturaleza que el posesorio, se otorgaba á los que habian adquirido bienes puestos en venta á nombre del Estado. Provenia su denominacion de que se llamaban *sectores* los que compraban bienes públicos (4). El interdicto *quod legatorum* se concedia al heredero para que se restituyese á la herencia todo lo que sin su participacion se hubiere sacado por título de legados: era *adipiscendæ possessionis*, porque por medio de él obtenia el heredero la posesion de objetos cuya tenencia no habia adquirido antes (5). La fórmula del interdicto *quô itenere* era la siguiente: *Quô itinere venditor usus est quominùs emptor utatur, vim fieri veto*: la servidumbre *iter* era como las demás capaz de cuasi-posesion; mas el comprador de la heredad, á cuyo beneficio estaba constituida, no continuaba la posesion del vendedor, y así en el caso de que fuera turbado en su ejercicio antes de haber empezado á cuasi-poseerla, necesitaba un interdicto para la proteccion de su derecho.

Accommodatur bonorum possessori. —El interdicto *quorum bonorum* es el que se da al *bonorum poseedor*, esto es, al heredero pretorio, para adquirir la posesion real de la herencia, y de consiguiente no es aplicable á cada cosa en particular, sino á todos los bienes hereditarios en general (6). Al heredero civil no compete este interdicto, á no ser que reuna á esta cualidad la de *bonorum poseedor*, y acepte esta última (7). En tal caso el interdicto *quorum bonorum* tiene sobre la peticion de la herencia la ventaja de la celeridad, y la mayor facilidad de probar, porque basta acreditar en él la cualidad de *bonorum poseedor*.

---

(1) §. 145, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) En el comentario al §. inicial, tít. XII, lib. III de esta obra.
(3) §§. 80 y 81 de las Inst. de Cayo.
(4) §. 146, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(5) Tít. III, lib. XLIII del Dig.
(6) §. 1, ley 1, tít. II, lib. XLIII del Dig.
(7) §. 34, Com. III de las Inst. de Cayo.

Pro hærede aut pro possessore.—Tiene tambien lugar este interdicto contra aquellos que por dolo han dejado de poseer (1), doctrina que ya queda expuesta en otros lugares. De aquí se infiere que el que posee alguna cosa por título singular, no puede ser demandado por esta accion como tampoco por la de la peticion de la herencia (2), porque seria injusto que aquel de quien no consta que es dueño, pudiese privar á otro de lo que poseia con buena fé y justo título, y tal vez con el verdadero carácter de señor.

Restituere debeat.—Al hablar de los interdictos restitutorios se dijo que esta denominacion se aplica tambien por regla general á los de adquirir la posesion, si bien en otras ocasiones y en su sentido estricto y literal se refiere solo la palabra *restituere* al recobro de la cosa que antes ya hemos poseido.

Quod appellatur Salvianum.—Semejante es el interdicto Salviano á la accion Serviana: uno y otra concurren al mismo objeto. Sin embargo, se diferencian en cuanto á su utilidad, porque el interdicto Salviano es un remedio posesorio, y la accion Serviana un remedio petitorio, y además el interdicto Salviano ha sido introducido como un medio de llegar á la accion Serviana, de tal modo que cesa cuando esta puede tener lugar. Diferéncianse tambien uno y otro remedio, en que en el interdicto Salviano bastaba probar que la cosa acerca de que versaba, estaba dada en prenda, y en la accion Serviana era necesario además probar que estaba en los bienes del deudor cuando la prenda se habia constituido (3).

De rebus coloni.—Los comentaristas agitan la cuestion de si el interdicto Salviano puede ser tambien entablado por aquel á quien compete la accion cuasi-Serviana ó hipotecaria, y no están acordes acerca de este punto. Fúndanse los que quieren dar extension al interdicto en que las mismas razones que aconsejaron que la accion Serviana, se aplicara á toda clase de hipotecas con el nombre de cuasi-Serviana, existen para que el interdicto Salviano introducido á favor del dueño de una heredad rural, sea aplicable á todo acreedor hipotecario que se halle en circunstancias análogas. A pesar de lo respetable que es la autoridad de los antiguos y modernos que sostienen esta opinion, contándose entre los últimos á Tibaut y Vangerow, no puedo adoptarla, porque ni encuentro bastante fundamento en los textos en que se apoya, ni me parece que es legítima la deduccion de una á otra clase de hipotecas.

Is.—Difícil es fijar hasta qué punto el interdicto Salviano puede

---

(1) Leyes 131 y 150, tít. XVII, lib. L del Dig.
(2) Ley 7, tit. XXXI, lib. III del Cód.
(3) § 1, ley 15, tit. I, lib. XX; y ley 23, tít. III, lib. XXII del Dig.

tener lugar contra los terceros poseedores. Si su fórmula hubiera llegado hasta nosotros, no habria sin duda semejante dificultad; mas hoy, en la discordancia de los textos, es muy arriesgado fijar opinion. Un fragmento de Juliano inserto en el Digesto (1), concede el interdicto Salviano contra un tercer poseedor, lo que es conforme á lo que dice Teófilo en su *Paráfrasis*; pero por otra parte una constitucion del Emperador Gordiano (2) declara que solo tiene lugar contra el mismo colono, y por lo tanto que si los objetos pasan á manos de un tercer poseedor, el único recurso que tendrá el dueño será el de la accion Serviana. Vangerow encontrando dificultad en resolver esta cuestion, la corta diciendo que hay una antinomia, dando la preferencia á la ley del Código que es en su concepto la que prevalecia en tiempo de Justiniano. Me inclinaria á esta opinion; pero me detiene la autoridad de Teófilo que sienta abiertamente la doctrina contraria, y no es de creer que tan distinguido jurisconsulto ignorase cuál de las dos opiniones era la vigente en su época.

La ley del Digesto de que acabo de hacer mencion, dice (3) expresamente que si el mismo colono hubiera hipotecado separadamente *in solidum* los mismos objetos á dos personas que poseian una heredad *pro indivisô*, será preferida en el interdicto Salviano la que tuviere la posesion, aunque una y otra sin distincion deberán ser preferidas á las extrañas. Esta doctrina debe entenderse limitada al caso á que se refiere.

4 *Retinendæ possessionis* causâ comparata sunt interdicta UTI POSSIDETIS et UTRUBÌ, *cùm ab utrâque parte de propietate alicujus rei controversia sit*, et antè queritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat (*a*). Namque nisi antè exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, *non potest petitoria actio institui*, quia et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat, alius à possidente petat (*b*). Et quia *longè commodius est, possidere potiùs, quàm petere*, ideò plerumquè et ferè sempèr ingens existit contentio de ipsâ possessione. Commodum autem possidendi in eô est, quod, etiam si

Se dan para retener la posesion los interdictos UTI POSSIDETIS y UTRUBÌ, cuando, suscitado un pleito acerca de la propiedad de una cosa, se trata de investigar primeramente cuál de los dos litigantes debe ser el poseedor y cuál el demandante (*a*). Porque si no se ha fijado con anterioridad quién de ellos es el poseedor, imposible se hace entablar la accion petitoria, puesto que el derecho civil y la razon natural exigen que uno posea y que otro pida (*b*). Y como es mucho mas ventajoso poseer que reinvindicar, suele haber gran contienda acerca de la misma posesion. La ventaja de 4

(1) §. inicial, ley 1, tit. XXXIII, lib. XLIII.
(2) Ley 1, tit. IX, lib. VIII del Cód.
(3) §. 1, ley 1, tit. XXXIII, lib. XLIII.

ejus res non sit, qui possidet, si modò actor non potuerit suam esse probare, remanet suô locô possessio; propter quam causam, cùm obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet (*c*). Sed interdictô quidèm UTI POSSIDETIS de fundi vel ædium possessione contenditur, UTRUBÌ verò interdictô de rerum mobilium possessione. Quorum vis et potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat: nam UTI POSSIDETIS interdictô is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modò *nec vi, nec clàm, nec precariò* nactus fuerat ab adversariô possessionem, etiàm si alium vi expulerat, aut clàm abripuerat alienam possessionem, aut precariò rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret; UTRUBÌ verò interdictô is vincebat, qui majore parte ejus anni nec vi, nec clàm, nec precariò ab adversariô possidebat (*d*). Hodiè tamèn alitèr observatur: nam utriusque nterdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exæquata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clàm, nec precariò *ab adversariô* litis contestationis tempore detinet.

la posesion consiste en que aun cuando la cosa no pertenezca al que la posee, él quedará en la posesion de ella si el actor no puede probar que sea suya; porque cuando los derechos de ambos litigantes son oscuros, el uso ha introducido que se juzgue contra el demandante. (*c*). El interdicto UTI POSSIDETIS se aplica cuando se disputa acerca de la posesion de una heredad ó de un edificio; y el interdicto UTRUBÌ cuando se trata de la posesion de los bienes muebles. Entre los antiguos habia diferencia en los efectos de estos interdictos, porque en el UTI POSSIDETIS vencia el que poseia al tiempo de entablarse, con tal que no hubiera conseguido la posesion de su contrario violenta, clandestina ó precariamente, aunque poseyese con alguno de estos vicios respecto á un tercero. Por el contrario, en el interdicto UTRUBÌ vencia el que en la mayor parte del año habia poseido sin violencia, sin clandestinidad y no á título de precario con respecto á su contendiente (*d*). Otra cosa sucede hoy, porque ambos interdictos han sido igualados por lo que á la posesion se refiere: de modo que vence, bien se trate de cosas inmuebles ó de muebles, el que al tiempo de la contestacion á la demanda posee sin violencia, sin clandestinidad y no á título de precario respecto á su colitigante.

ORÍGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§§. 148, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (Ley 62, tít. I, lib. V del Dig.)
(*c*) Conforme con Cayo. (Ley 24, tít. I, lib. VI del Dig.)
(*d*) Conforme con Cayo. (§§. 149 y 150, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Retinendæ possessionis.—Los interdictos *retinendæ possessionis* tienen por objeto protejer al poseedor actual contra todas las vias de he-

cho que, sin hacerle perder enteramente la posesion, le turben en su ejercicio. No son solo los dos interdictos mencionados expresamente en el texto los que hay de esta clase, sino además otros de que hablaré al terminar el comentario.

Uti possidetis.—Antes de comenzar á explicar cada clase de los interdictos de retener la posesion, enumeraré algunas circunstancias generales que comprenden á todos. Estas son: 1.ª Solo puede entablarlos el que tiene la posesion jurídica propiamente dicha, siendo indiferente que esta posesion sea justa ó injusta (1). 2.ª Para que haya lugar á ellos es necesario que la posesion se turbe por actos contrarios á la voluntad del poseedor, bien sean estos de violencia ó bien clandestinos, ó bien abusando de la cosa que se ha concedido en precario (2). 3.ª Los actos de violencia, si bien deben haber turbado al poseedor, no han debido llegar, sin embargo, á despojarlo de la posesion.

Descendiendo ahora en particular al interdicto *uti possidetis* de que habla el texto, puede conocerse que su denominacion proviene de las palabras con que estaba concebida la fórmula en que se otorgaba, lo que sucede con la mayor parte de los interdictos. Dicha fórmula era la siguiente: *Uti eas ædes de quibus agitur, nec vi, nec clàm, nec precariò, alter ab alterô possidetis, quominùs itâ possideatis vim fieri veto.* El interdicto, como de la fórmula se infiere, es prohibitorio, y aunque esta se limite á hablar de los edificios, la expresion de ellos debe tenerse como ejemplo, puesto que dicho interdicto es aplicable á todos los inmuebles (3).

Merece notarse que, á diferencia de todos los interdictos de que hasta aquí se ha hablado, el pretor se dirigia en este á los dos litigantes, de suerte que no tenia por objeto en él tomar decision en ningun sentido ni cortar el litigio, sino mas bien sentar una regla conforme á la cual el juez decidiese una cuestion no resuelta por el derecho civil. El número plural *possidetis, possideatis,* de que se usa en la fórmula, daba por resultado que el juez pudiera condenar definitivamente á uno ó á otro de los litigantes, segun quien fuera el que hubiese contravenido al interdicto, bajo cuyo aspecto se llamaba al *uti possidetis* doble ó mixto. Podia tambien esto mismo producir el efecto de que el litigante que no se creyese fuerte en su derecho, renunciara espontáneamente á las pretensiones que tuviera para no exponerse á las consecuencias de un juicio y de una sentencia.

---

(1) Ley 2, tít. XVII, lib. XLIII del Dig.

(2) § inicial, ley 1; §§. 2, 3 y 4, ley 3 tít. XVII; y §§. 5, 6 y 7, ley 1, tít. XXIV, lib. XLIII del Dig.

(3) §§. 1, 7 y 8, tít. XVII, lib. XLIII del Dig.

Utrubì.—El texto dice cuanto por derecho antiguo y nuevo conviene saber respecto á este interdicto.

Cùm ab utrâque parte de proprietate alicujus rei controversia sit.—Considerados los interdictos *retinendæ possessionis* bajo el aspecto que propone el texto, es decir, como medios jurídicos para fijar quién ha de ser el que tenga el carácter de demandado en el pleito, deben mirarse como una instancia preparatoria de otra instancia. Pero no es este el único punto de vista bajo que pueden ser considerados, porque con frecuencia se los emplea solo por lo que hace á la posesion, y con abstraccion absoluta de todo pleito posterior; así sucede cuando el poseedor ha sido perturbado en la posesion, y solicita la reparacion de los perjuicios que por ello se le han ocasionado, y cuando el mismo poseedor pide que se le proteja contra la turbacion inminente de la posesion.

Non potest petitoria actio institui.—La accion real se entabla siempre contra el que posee ó contra el que por ficcion de derecho se reputa poseedor, segun en otros lugares he manifestado.

Longè commodius est, possidere potiùs, quàm petere.—Prescindiendo de las muchas ventajas que tiene el poseedor, hay, cuando se trata de un juicio, la de que la carga de probar recae sobre el que no posee, y que si este no prueba su intencion, debe ser absuelto el demandado.

Nec vi, nec clàm, nec precariò.—La palabra *vi* se refiere á la posesion violenta de la cosa, *clàm* á la clandestina, y *precariò* á la otorgada en virtud de ruegos, y que solo dura mientras quiere el que la ha concedido.

Ab adversariô.—Para que puedan oponerse al que entabla el interdicto los vicios referidos de poseer la cosa violenta, clandestina ó precariamente, es necesario que estos provengan de la persona del adversario mismo; en otro caso no serian obstáculo para el interdicto.

Antes de pasar á otro texto enumeraré ligeramente los demás interdictos *retinendæ possessionis*. Estos eran: 1.° El *de superficiebus*, que venia á ser el mismo interdicto *uti possidetis* aplicado especialmente al derecho de superficie (1). 2.° El interdicto *de itinere actuque privatô*, por el que el pretor protegia en la posesion de las servidumbre *iter*, *actus* y *via* al que hubiera usado de ellas en aquel año, con tal que no lo hubiese hecho violenta, precaria ó clandestinamente (2): diferenciábase este interdicto de los de *utrubì* y *uti possidetis* en que era simple, y por lo tanto solo el demandado estaba expuesto á

(1) Tit. XLIII del Dig.
(2) §§. inicial y 1, ley 1, tit. XIX, lib. XLIII del Dig.

una condenacion. 3.° *Dè aquâ quotidianâ*: este interdicto, que ya era prohibitorio, ya restitutorio, se otorgaba al que en aquel año hubiera usado con derecho ó sin él de la servidumbre de acueducto, aunque fuera por un solo dia, con tal que no procediese de un hecho violento, clandestino ó precario, en los términos ya explicados en los interdictos anteriores (1). 4.° El *de aquâ æstivâ*, interdicto que se diferenciaba del *de aquâ quotidianâ* en que este se referia como se ha visto, al año corriente, al paso que el *de aquâ æstivâ* se referia al verano que habia precedido á aquel en que se entablaba el interdicto, *priore æstate*. Dábase útilmente este interdicto en el caso de que la conduccion de aguas tuviera lugar en el invierno, y tambien cuando se trataba, no del verano que habia precedido, sino de aquel en que se vivia (2): 5.° *De rivis*: se daba á las mismas personas y contra las mismas que los tres precedentes; era respecto al curso de las aguas privadas lo que otros que he enumerado respecto á las públicas, y se referia á la limpia y reparacion de los cauces (3). Ulpiano dice (4) que el que se ocupaba en reparar y limpiar estos cauces no debia sufrir detencion por la denuncia de obra nueva, porque esto seria una via de hecho que turbaria la posesion, lo que estaba prohibido por las palabras del interdicto *vim fieri veto*, y que por lo tanto el propietario que quisiera oponerse á los trabajos debia entablar la accion negatoria. 6.° Los interdictos *de fonte*: así como los interdictos anteriores se refieren á la servidumbre de acueducto, los *de fonte* conciernen á las servidumbres *aquæ haustus*, *pecoris ad aquam appulsus*, y protegen á los que han usado sin vicio en aquel año del agua de una fuente, lago, pozo ó estanque. Dos son los interdictos de este nombre: uno para proteger el aprovechamiento de agua, otro para proteger la reparacion y limpia de los manantiales (5). 7.° Interdicto *de cloacis*: su objeto era amparar la limpia, reparacion y reconstruccion de las cloacas. Aunque se referia á las de los particulares, estaba, sin embargo, interesada en él la salubridad pública, lo cual explica por qué en este interdicto no se encuentran como en los demás de su clase las palabras *nec vi*, *nec clàm*, *nec precariò*, habiendo querido sin duda evitarse que á pretexto de una oposicion viciosa se detuviera una obra interesante al público, motivo tambien por que la denuncia de obra nueva no impedia la continuacion de los trabajos: mas á pesar de esto, aquel en cuya propiedad se pretendía trabajar, podia exigir la caucion *damni infecti*.

---

(1) §§. inicial, 1, 4, 22, 24 y 27, tít. XX, lib. XLIII del Dig.
(2) §§. 32 y siguientes, tít. XX, lib. XL del Dig.
(3) Tít. XXI, lib. XLIII del Dig.
(4) §. 9, ley 1; y §. 8, ley 3 del mismo título y libro.
(5) Tít. XXII, lib. XLIII del Dig.

5 Possidere autem videtor quisque non solùm, si ipse possideat, sed et, si ejus nomine aliquis in possessione sit, licèt is ejus juris subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus; per eos quoquè, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur: et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quin etiam animô quoquè retineri possessionem placet, id est ut, quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius, tamen, si non reliquendæ possessionis animô, sed posteà reversurus indè discesserit, retinere possessionem videtur. Adipisci verò possessionem per quos aliquis potest, secundô librô exposuimus. Nec ulla dubitatio, quin animô solô possessionem adipisci nemo potest.

No solamente posee uno por sí mismo, sino tambien cuando á nombre suyo, algun otro está en la posesion aunque no se halle sujeto á su potestad, como sucede con el colono y con el inquilino: poséese tambien por aquellos en cuyo poder está la cosa en depósito ó en comodato, y por esto se dice que puede retenerse la posesion por cualquiera persona que la tenga en nuestro nombre. Hay mas; puede retenerse la posesion con la intencion solo, esto es, aunque no esté uno mismo en ella ni otro en su nombre: lo mismo sucede si hubiere salido de ella, no con ánimo de abandonarla, sino de volver. En el libro segundo hemos expuesto por qué personas podiamos adquirir la posesion. Está fuera de duda que ninguno puede adquirirla con solo la intencion. 5

ORIGENES.

Conforme con Cayo (§. 153, Com. IV, de sus Inst.)

Comentario.

Al tratar de la posesion en el título segundo del libro primero de esta obra, queda suficientemente expuesto cuanto es necesario para la inteligencia de este texto.

6 *Recuperandæ possessionis* causâ solet interdici, si quis *ex possessione fundi vel ædium vi dejectus* fuerit: nam ei proponitur interdictum UNDE VI, per quod is qui dejecit, *cogitur ei restituere possessionem, licèt is ab eô, qui vi dejecit, vi vel clàm vel precariò possidebat* (*a*). Sed ex sacris constitutionibus, ut suprà diximus, si quis rem per vim occupaverit, si quidèm in bonis ejus est, dominiô ejus privatur, si aliena, post ejus restitutio-

Para recobrar la posesion se concede un interdicto en el caso de que alguno haya sido echado por fuerza de una heredad ó de un edificio: este interdicto es el UNDE VI, en virtud del cual se obliga al expulsante á que restituya al despojado la posesion, aunque este la hubiere adquirido violenta, clandestina ó precariamente del que le despojó (*a*). Mas, como hemos dicho anteriormente, si alguno se apodera de alguna cosa por fuerza, entonces 6

nem etiàm æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autèm aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege *Juliâ de vi privatâ, aut de vi publicâ*: sed de vi privatâ, si sine armis vim fecerit, sin autem cum armis eum de possessione expulerit, de vi publicâ (*b*). Armorum autem appellatione non solùm scuta et gladios et galeas significari intelligimus, sed et fustes et lapides (*c*).

con arreglo á las constituciones imperiales, si la cosa es suya, perderá su propiedad, y si es ajena deberá dar, sin perjuicio de la restitucion de la cosa, su estimacion á aquel á quien hubiere causado la violencia. Además, el que violentamente expulsare á otro de la posesion, queda sujeto á la ley Julia, que castiga la violencia privada ó pública: por la violencia privada, si la cometiere sin armas; y por la pública, si á mano armada la hubiere ejecutado (*b*); Bajo la denominacion de armas no solo comprendemos las espadas, los escudos y los cascos, sino tambien los palos y las piedras (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. §§. 154 y 155, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con Ulpiano. (§. 5, tít. VII, lib. XLVIII del Dig.)
(*c*) Tomado de Cayo. (Ley 41, tít. XVI, lib. L del Dig.)

Comentario.

Recuperandæ possessionis.—Los interdictos *recuperandæ possessionis* tienen por objeto recobrar la posesion que se ha perdido: no se dan al que voluntariamente la ha abdicado, sino solo al que se ha visto privado de ella por un hecho independiente de su voluntad, y muy especialmente cuando es por efecto de la violencia. No solo es restitutorio el interdicto *unde vi* de que habla texto, sino otros que mencionaré al fin de este comentario.

Ex possessione fundi vel ædium vi dejectus.—La fórmula correspondiente á este interdicto era la siguiente: *Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, de eô, quod ad eum pervenit, judicium dabo.* De esta fórmula se infiere:

1.ª Que para que haya lugar al interdicto, es necesario que el expulsádo al tiempo de sufrir la violencia tenga la posesion jurídica de la cosa, esto es, que la posea con ánimo de señor, bien sea con buena ó con mala fé, pues nadie puede pretender recobrar una posesion que no ha perdido. El simple detentador, como el colono, no goza de este interdicto (1), pues si bien Ulpiano dice (2) que compete tambien al que posee naturalmente, esto debe entenderse solamente de la posesion na-

(1) §§. 10 y 23, ley 1, tít. XVI, lib. XLIII del Dig.
(2) §. 9, ley 1 del mismo título y libro.

tural protegida por el derecho pretorio en contraposicion á la que sirve para la usucapion, pues de otro modo se hallaria este jurisconsulto en oposicion consigo mismo.

2.ª Que la violencia venga de parte del contrario, bien sea hecha por él mismo ó de su órden (1). No se concede este interdicto contra el poseedor por título singular ni contra el heredero, mas que en cuanto se hubiese enriquecido (2).

3.ª Que la violencia haya sido causa de la pérdida de la posesion. Esta violencia puede ser física ó moral. Hay violencia moral cuando la amenaza de peligros graves y próximos determina á alguno á abandonar la posesion; por lo tanto no compete el interdicto al que se abstuviese de volver á entrar en su heredad por temor de que el que se habia apoderado de ella, se lo impidiera: es menester que no lo haya hecho por actos de violencia, ó por amenazas al menos (3). Tampoco procede el interdicto si el mismo despojado, aunque cediendo á la fuerza, hubiera entregado la cosa, en cuyo caso habria lugar á la accion *quod metus causâ* (4). Mas si el que ha sido violentamente despojado de la cosa, volviendo inmediatamente sobre sí, emplea otra vez la fuerza para recobrar su posesion, repútase que nunca la ha perdido, y por consiguiente contra él no se da el interdicto.

El interdicto *undè vi* no tiene lugar por razon del despojo de los bienes muebles, pues se cree sin duda bien garantido al poseedor con las acciones de hurto, de robo y *ad exhibendum*; pero una constitucion de los Emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio (5), de que hace mencion el párrafo que comento, establece que el que emplea la violencia para apoderarse de una cosa, bien sea mueble ó inmueble, pierda la propiedad si le pertenece, y si no le pertenece, restituya la cosa y además pague su estimacion.

Cogitur restituere possessionem.—Además de la posesion deben restituirse los frutos y todos los provechos que hubiera podido percibir el despojado en el caso de que no hubiese sido disturbado en el ejercicio de su posesion (6).

Licèt ab eô, qui vi dejecit, vi, vel clàm, vel precariò possidebat.— Al interdicto *undè vi* no se pueden oponer, como á los de retener la posesion, las excepciones *vi, clàm* ó *precariò*: esto se funda en la conveniencia de que el despojado sea restituido ante todas cosas en

---

(1) §§. 12, 13, 14 y 15, ley 1; y §§. 10, 11 y 12, ley 3, tít. XVI, lib. XLIII del Dig.
(2) § 48, ley 1; ley 2, tít. XVI; y §. 8 ley 3 del mismo título y libro.
(3) Ley 9, tít. II, lib. IV; y §. 8, ley 3 del mismo título y libro.
(4) Ley 5 del mismo título y libro.
(5) Ley 7, tít. IV, lib. VIII del Cód.
(6) §§. 40 y 41, ley 1, tít. XVI, lib. XLIII del Dig.; y ley 4, tít. IV, lib. VIII del Cód.

la posesion, con cuya justicia rápida se evita el que vengan á las manos los despojados y despojantes. No sucedia así primitivamente sino en el caso de que la violencia fuera á mano armada (1); mas el derecho nuevo equiparó en este punto toda violencia á la hecha con armas.

Lege Juliâ de vi privatâ, aut de vi publicâ.—Los que cometen un acto de violencia contra alguno, no solo se obligan á la reparacion pecuniaria en las términos manifestados en este párrafo, sino que además de las acciones civiles, quedan expuestos á acusaciones públicas y á penas de que se hablará en el último título de las Instituciones.

Antes de pasar á otro párrafo me haré cargo de otros interdictos restitutorios de qué no habla aquí el Emperador Justiniano. Estos son el interdicto *de clandestinâ possessione* y el *de precariô.* Propusiéronse sin duda los romanos que ninguno de los tres vicios de la posesion, es decir, la violencia, la clandestinidad y el precario, quedase sin el correspondiente interdicto restitutorio, y al lado del de *unde vi* pusieron los otros dos que acabo de mencionar. El interdicto *de clandestinâ possessione* solo consta en un fragmento de Ulpiano en que se dice que el jurisconsulto Juliano lo admitia (2): competia en virtud de haberse quitado clandestinamente la posesion á alguno; pero debió caer del todo en desuso desde que prevaleció la doctrina de que la posesion de los bienes inmuebles no se perdia mientras el poseedor, teniendo conocimiento de que otro se habia apoderado de ellos, no hubiera tratado de volver á obtener la posesion, ó sufrido la de otro. El interdicto *de precariô* correspondia á aquel que habia concedido á otro una cosa inmueble á título de precario para obtener la restitucion de la posesion que el concesionario le negaba (3).

Un fragmento de las Instituciones de Ulpiano, descubierto nuevamente en la biblioteca del palacio imperial de Viena, ha hecho conocer una clase nueva de interdictos llamados *dobles* en el sentido de que se dan tanto para adquirir como para recuperar la posesion. Estos interdictos son *quem fundum* y *quam hæreditatem.* Las palabras de Ulpiano son las siguientes: *adispicendæ quàm recuperandæ posses-*

(1) §. 155, Com. IV de las Inst. de Coya.
(2) §. 5, ley 7, tit. III, lib. X del Dig.
(3) §. inicial, ley 1, tit. XXVI, lib. XLIII del Dig.

sionis, qualia sunt interdicta quem fundum et quam hæreditatem: nam si fundum vel hæreditatem ab aliquô petam, nec lis defendatur, cogitur ad me transferre possessionem, sive numquàm possedi, sive anteà possedi, deindè amissi possessionem. Para la inteligencia de esto conviene tener presente que, segun se ha dicho en otra ocasion, en la reivindicacion de un objeto ó de una herencia el demandado tenia que prestar la caucion *judicatum solvi*, y si no lo hacia, el demandante obtenia del magistrado un interdicto cuyo efecto era que se trasladase á él la posesion: así se cambiaba el carácter de los litigantes convirtiéndose en demandado el que antes era demandante, y en demandante el que era demandado. Del mismo fragmento de Ulpiano se infiere con toda claridad que estos interdictos eran *adipiscendæ possessionis* cuando el demandante á quien el magistrado habia trasferido la posesion no habia poseido, y que eran *recuperandæ possessionis* cuando antes habia tenido la posesion. En tiempo de Justiniano habian ya caido en desuso estos interdictos.

7 *Tertia divisio* interdictorum hæc est, quod aut simplicia sunt, aut *duplicia.* Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est; qualia sunt omnia restitutoria aut exhibitoria: namque actor est, qui desiderat aut exhibere, aut restitui, reus is, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autèm interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prohibet prætor, in locô sacrô vel in flumine publicô ripâve ejus aliquid, quid fieri (nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat; reus, qui aliquid facere conatur); duplicia sunt, veluti *uti possidetis* interdictum, et *utrubì.* Ideò autem duplicia vocantur, quia *par utriusque* litigatoris in his *conditio* est, nec quisquam præcipuè reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tàm rei, quàm actoris partem sustinet.

La tercera division de interdictos es que son simples ó dobles. Son simples aquellos en que uno es demandante y otro demandado, cuales son todos los interdictos restitutorios y exhibitorios, porque en ellos es demandante aquel que solicita que se le exhiba ó restituya alguna cosa, y demandado aquel de quien se solicita la restitucion ó la exhibicion. De los interdictos prohibitorios unos son simples y otros dobles: simples, por ejemplo, cuando el pretor prohibe hacer alguna cosa en un lugar sagrado, ó en un rio público, ó en su ribera (porque en ellos es demandante el que desea que no se haga, y demandado el que intenta hacer); dobles son, por ejemplo, los interdictos *uti possidetis* y *utrubì.* Llámanse dobles, porque en ellos es igual la condicion de ambos litigantes, y ninguno es con preferencia demandado ó demandante, sino que cada uno sostiene los dos caracteres á la vez. 7

ORIGENES.

Copiado de Cayo. (§§. 156, 157, 158, 159 y 160, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Tertia divisio.—En este mismo texto se dice que todos los interdictos restitutorios y exhibitorios son simples, esto es, que en ellos están perfectamente determinados los caracteres de demandante y demandado: de aqui se infiere que la division de que se habla en este lugar, es mas bien una subdivision de los interdictos prohibitorios. Esto tiene fácil explicacion: en efecto, puede concebirse muy bien que el magistrado prohibiera á dos litigantes hacer alguna cosa, mas no se comprende que pudiera mandar que á un mismo tiempo dos restituyan y exhiban, porque solo tiene medios de hacer esto el que posee la cosa.

Duplicia.—Excusado es decir que esta palabra se comprende aquí del mismo modo que cuando se aplica á las tres acciones *familiæ erciscundæ, communi dividundo* y *finium regundorum*, pues el mismo texto lo explica con claridad. Obsérvese que no deben confundirse estos interdictos *dobles* con los que, segun se ha dicho antes, se llamaban así por participar del carácter de adquirir y de recobrar la posesion.

Uti possidetis, utrubì.—Estos son los únicos interdictos que se conocen perfectamente como dobles.

Par utriusque conditio.—La condicion de los litigantes es igual en estos interdictos, porque no está préviamente demarcado en ellos quién debe ser el demandante y quién el demandado.

8 De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodiè dicere: nam quotiens extra ordinem jus dicitur *(qualia sunt hodiè omnia judicia)*, non est necesse reddi interdictum; sed perindè judicatur sine interdictis, atque si *utilis actio* ex causâ interdicti reddita fuisset.

Excusado es hablar ahora del modo de proceder y de las consecuencias antiguas de los interdictos, porque siempre que se administra justicia extraordinariamente (como sucede hoy en todos los juicios), no es necesario dar un interdicto, sino que se juzga de la misma manera que si se diera una accion útil por consecuencia de un interdicto.

ORIGENES.

Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 3, tít. I, lib. VIII del Dig.)

Comentario.

Qualia sunt hodiè omnia judicia.—Como con repeticion queda expuesto, los juicios extraordinarios reemplazaron al sistema formulario.

Utilis actio.—En el ingreso de este título he manifestado que los interdictos en tiempo de Justiniano, perdida su antigua fisonomía, eran verdaderas acciones.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

La mayor parte de los interdictos de que hacen mencion las leyes romanas corresponden á objetos que en las sociedades modernas son considerados como correspondientes á la policía administrativa; así sucede con todos aquellos que se concedian para la proteccion de derechos respecto al uso de las cosas públicas, por ejemplo, la navegacion de los rios, la circulacion por las calles y caminos, y la reparacion de estos. Las sociedades modernas han dado en el particular mas á la sociedad y menos al individuo que las antiguas, y no es comparable el derecho hoy vigente con el romano en sus pormenores, porque parten de principios absolutamente diferentes.

Concretándome á los interdictos posesorios de adquirir, retener ó recobrar, que realmente son entre nosotros unas verdaderas acciones, haré algunas indicaciones relativamente á cada uno de ellos.

El interdicto de adquirir es la accion que compete á los herederos testamentarios ó legítimos para conseguir por términos abreviados la posesion de la herencia contra aquel que la detenta (1). Por este interdicto se solicita la posesion de derecho, por la presuncion que hay á favor de los que tienen un título de herederos contra los que carecen de él; viene á ser frecuentemente un remedio provisional, que precede al juicio de peticion de la herencia ó á la querella de testamento inoficioso, y facilita que puedan entablarse, haciendo que haya una persona contra la que como poseedor se dirijan las acciones.

En los interdictos de retener la posesion no se trata de la posesion de derecho, sino de la de hecho, como entre los romanos sucedia. Compete el interdicto de retener, ó de manutencion, al poseedor que por vías de hecho es perturbado en la posesion; debe por lo tanto el que quiere entablarlo probar que está en posesion y que ha sido disturbado en ella. El juicio en que esto se ventila se llama *sumarísimo de interin,* porque en él solo se trata de una medida interina para decidir quién debe ser el demandante y quién el demandado en los juicios de propiedad y plenario de posesion, que no quedan prejuzgados.

El interdicto *undè vi,* llamado entre nosotros de despojo, compete al despojado violentamente de la posesion que tenia en una cosa mue-

---

(1) Ley 2, tít. XIV, Part. VI.ª y ley 3, tít. XXIV, lib. XI de la Nov. Rec.

ble ó inmueble contra el que cometió el despojo, para que, como por derecho romano sucedia, la restituya con todos sus frutos y accesiones, y le indemnice de los perjuicios que le haya ocasionado. Considérase como despojante injusto al juez que priva de la posesion al que no fué vencido en juicio (1). Tambien se halla establecido que el despojante pierda el dominio de la cosa si le pertenece, y en otro caso pague su estimacion al que fué victima de la violencia: no tiene lugar esta pena respecto á los menores de edad ni á los que las leyes no conceptúan capaces de conocer la importancia y trascendencia de sus deberes en el órden civil (2).

TITÚLUS XVI.

De pœna temere litigantium.

TT ULO XVI.

De la pena de los litigantes temerarios.

Persuadidos los legisladores de que los litigios son un mal, por mas que este mal sea necesario, se ha tratado en todos los países de poner en lo posible límites á la mala fé, á las sutilezas y á las artes reprobadas de que se valen los que conocidamente sostienen pretensiones injustas: materia de suyo difícil, porque como la falibilidad de los juicios de los hombres hace incierta la justicia de las sentencias, no puede recurrirse á medios demasiado severos para conseguir este resultado; á lo que se agrega que el temor de incurrir en ellos podria retraer á muchos de acogerse bajo el manto de la justicia acudiendo á los tribunales. Pero por otra parte, siendo demasiado benignos los medios que la ley emplee, podrán burlarse de ellos los litigantes maliciosos y atrevidos. En este título se verá como los romanos procuraron salvar ambos estremos.

Nunc admonendi sumus, magnam *curam egisse* eos, qui jura sustinebant, ne facilè homines ad litigandum procederent; quod et nobis studio est. Idque eò maximè fieri potest, quod temeritas tàm agentium, quàm eorum, cum quibus ageretur, modò pecuniariâ pœnâ, modò jusjurandi religione, modò metu infamiæ coercetur.

Debemos advertir aquí, que los que velaban por la administracion de la justicia pusieron siempre gran cuidado en impedir que se litigaba con demasiada facilidad, lo cual hemos procurado tambien en nuestra solicitud. El mejor modo de conseguirlo consiste en reprimir la temeridad, tanto de los demandantes como de los demandados, ya con penas pecuniarias, ya con juramentos, ya con el temor de la infamia.

(1) Ley 2, tit. XXXIV, lib. IX de la Nov. Rec.
(2) Ley 10 y siguientes, tit. X, Part. VII.

Comentario.

Curam egisse.—El jurisconsulto Cayo enumera en sus Instituciones (1) cuatro clases de penas que tienen por objeto reprimir á los litigantes temerarios. La accion de calumnia *judicium calumniæ*, la accion contraria *judicium contrarium*, el juramento y la reestipulacion.

La palabra *calumnia* no solamente se aplicaba entre los romanos á las acusaciones criminales que alguno á sabiendas intentaba contra el que no habia delinquido, sino tambien á las acciones civiles entabladas ó sostenidas por el que no tenia conciencia de la justicia de su derecho. El calumniado podia por lo tanto ejercitar una accion contra el que le habia demandado: así el juicio de calumnia era una especie de reconvencion que el demandado hacia al demandante fundándose en su mala fé. Esta reconvencion podia proponerse contra toda clase de acciones; y en virtud de ella, el demandado que era absuelto, obtenia que se condenase á su contrario á que le diese una décima parte del valor de la demanda, y una cuarta parte en el caso de que fuera un interdicto el entablado (2). Este juicio de calumnia podia ser intentado antes, durante ó despues del proceso (3).

El juicio contrario, *judicium contrarium*, era tambien una reconvencion dirigida por el demandado contra el demandante, aunque este tuviera buena fé (4), y tenia por objeto que en el caso de que fuese vencido en el juicio, se le condenara á pagar, como pena, cierta parte del valor de la demanda. Solo podia oponerse en casos determinados, á saber: contra la accion de injurias, siendo la pena del demandante vencido la décima parte; contra aquel que demandaba á una mujer que habia sido puesta en posesion en nombre del vientre, fundándose en que habia traspasado fraudulentamente la posesion á otro; y por último, contra el que sostenia que otro le habia impedido entrar en la posesion decretada á su favor por el pretor: en estos últimos casos la condenacion se hacia en la quinta parte del valor del litigio (5). Cuando era permitido el juicio contrario, podia tambien el demandado acudir al de calumnia (6).

Le reestipulacion era respecto del demandado lo que la *sponsio*, de que despues hablaré, respecto al demandante. Incurria en la pena

---

(1) §. 174, Com. IV.
(2) §. 175 del mismo Comentario.
(3) §. 176 del mismo Comentario.
(4) § 178 del mismo Comentario.
(5) §. 177 del mismo Comentario
(6) §. 179 del mismo Comentario.

de la reestipulacion el demandante por el simple hecho de ser vencido en el juicio. Solo tenia lugar en casos determinados y nunca en los que procedia el *juicio contrario*, y alcanzaba aun á los que habian suscitado el pleito con mala fé (1).

El demandado tenia tambien la eleccion de exigir simplemente al demandante el juramento de calumnia, *non calumniæ causâ agere* (2), en cuyo caso no podia acudir á los demás medios ya mencionados para reprimir la mala fé de su contrario.

Habia igualmente medios para refrenar á los demandados que con mala fé se oponian á las pretensiones justas de los demandantes, á saber, la esponsion, la condenacion en el duplo, el juramento y la infamia.

La esponsion, *sponsio*, era una especie de multa que reemplazó á la consignacion de la accion de ley *per sacramentum* en el sistema formulario. Por ella en ciertas acciones podia el demandante provocar al demandado á que el que fuera condenado pagase al otro la multa: así sucedia en la accion de *pecuniâ certâ creditâ*, en que la esponsion debia ser de la tercera parte; y en la accion *de pecuniâ constitutâ*, en que era de la mitad (3).

La condenacion en el duplo tenia lugar, como queda dicho, en determinados procesos en que el demandado negaba la deuda; de ellos se decia *lis infitiando crescit*, lo que se verificaba en las acciones *judicati*, *depensi*, de la ley Aquilia, *quod legatorum*, y con motivo del legado *per damnationem* (4).

Cuando no procedian la esponsion ni la condenacion en el duplo y no se trataba de acciones penales, tenia derecho el demandante de solicitar que el demandado jurase que no se defendia de mala fé para vejar á su contrario, *jusjurandum de calumniâ* (5).

La infamia era tambien un medio que se empleaba para contener á los demandados que temeriamente y sin razon se defendian. Dejando aparte las acciones de hurto, de robo, de dolo y de injuria, que en todo caso por la fealdad del delito de que provenian, eran infamantes, aun cuando el demandado por medio de una transaccion evitase el ser condenado, debo recordar que las acciones directas de tutela, de mandato, de depósito y la accion *pro soció* llevaban consigo aneja la infamia, si llegaba á pronunciarse la condenacion contra el demandado (6).

---

(1) §§. 180 y 181, Com. IV de las Inst. de Cayo.
(2) §. 176 del mismo Comentario.
(3) §. 171 del mismo Comentario.
(4) En el mismo párrafo y Comentario.
(5) §. 172 del mismo Comentario.
(6) §§. 60 y 182 del mismo Comentario.

1 Eccè enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, *ex nostrâ constitutione* defertur: nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi priùs juraverit, quod putans, se bonâ instantiâ uti, ad contradicendum pervenit.

En virtud de una constitucion nuestra se defiere el juramento á todos los que son demandados, porque estos no son admitidos á usar de sus alegaciones, á no ser que préviamente juren que si se presentan á contradecir la pretension del actor, es en la persuasion de la justicia de su causa. 1

ORIGENES.

La constitucion á que aquí alude el Emperador, es la ley 2, tít. LVIII lib. II del Cód.

Comentario.

Ex nostrâ constitutione.—Justiniano reformó el derecho antiguo: la constitucion, á que en este lugar se refiere, fija el juramento que debian prestar el demandante y el demandado.

1 At adversùs infitiantes ex quisbusdam causis dupli *vel tripli* actio constituitur, veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agetur (statim autem ab initiô pluris quàm simpli est actio, veluti furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli: nam ex his causis, et aliis quibusdam, sive quis neget sive fateatur, pluris quàm simpli est actio) (*a*). Itèm actoris quoquè calumnia coercetur: nam etiàm actor pro calumniâ jurare cogitur ex nostrâ constitutione (*b*). Utriusque etiàm partis advocati jusjurandum subeunt, quod aliâ nostrâ constitutione comprehensum est (*c*). Hæc autem omnia pro veteris calumniæ actione introducta sunt, quæ in desuetudinem abiit, quia in partem decimam litis actorem multabat, quod nusquàm factum esse invenimus; sed pro his introductum est et præfatum jusjurandum, et ut improbus litigator etiam damnum et

En determinados negocios la accion sube al duplo ó al triplo contra los que niegan, como sucede en las acciones que se entablan por el daño causado injustamente, ó por los legados dejados á establecimientos piadosos. (Hay casos en que la accion desde el principio pasa del tanto, como sucede con la de hurto manifiesto, que es del cuádruplo, y la de hurto no manifiesto, que es del duplo, porque en ellas y en otras semejantes, ya niegue ya confiese el demandado, la accion es siempre mas que del tanto) (*a*). La calumnia del actor se reprime igualmente, porque con arreglo á nuestra constitucion debe tambien jurar de calumnia (*b*). Los abogados de ambas partes prestan asímismo el juramento que otra constitucion nuestra les prescribe (*c*). Todas estas formalidades han sido introducidas en lugar de la antigua accion de calumnia, ya desusada, que imponia al demandante la pena de la dé- 1

impersas litis inferre adversario suo cogatur (*d*).

cima parte del valor del pleito, lo que nunca hemos visto aplicar. En su lugar se ha introducido el referido juramento y la obligacion de que el litigante de mala fé pague á su contrario los perjuicios y los gastos que le haya ocasionado (*d*).

ORIGENES.

(*a*) Tomado de Cayo. (§. 173, Com. IV de sus Inst.)
(*b*) Conforme con una constitucion de Justiniano. (§. inicial, ley 2, tít. LVIII, lib. III del Cód.)
(*c*) Conforme con una constitucion de Justiniano. (§. 1, ley 14, tít. I, lib. III del Cód.)
(*d*) Conforme con una constitucion de Justiniano. (§. 6, ley 13 del mismo título y libro.

Comentario.

Vel tripli.—Segun este texto parece que hay una accion cuya condenacion es del triplo del valor del litigio en caso de negativa del demandado. Acordes están los comentaristas en que no hay ningun ejemplo de acciones en el triplo por razon de esta negativa. Teófilo en su *Paráfrasis* no lo menciona, por lo que, y atendiendo á que el párrafo de las Instituciones de Cayo de que está tomado el que comento, como queda dicho en los orígenes, habla del triplo con relacion á las acciones llamadas *furti concepti* y *furti oblati*, es de creer que la palabra *tripli* fué un error en que incurrieron los redactores de las Instituciones del Emperador Justiniano.

2 Ex quibusdam judiciis damnati, ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, de dolô, itèm tutelæ, mandati, depositi, *directis non contrariis actionibus*, itèm pro sociô, quæ ab utrâque parte directa est (et ob id quilibet ex sociis, eô judiciô damnatus, ignominiâ notatur). Sed furti quidèm, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolô, non solùm damnati notantur ignominiâ, sed etiam pacti, *et rectè*: plurimum enim interest, utrùm ex delictô aliquis, an ex contractu debitor sit.

En algunas acciones la condenacion lleva consigo la infamia: así sucede en las de hurto, robo, injuria, dolo; en las acciones directas, pero no contrarias, de tutela, de mandato y de depósito; en la de sociedad, que es directa respecto de todos los asociados (incurriendo por lo tanto en infamia todo sócio condenado por consecuencia de ella (*b*). Mas debe advertirse, que en las acciones de hurto, robo, injuria y dolo, no solo incurren en infamia los que han sido condenados, sino tambien los que han transigido; y con razon, porque hay mucha diferencia entre ser deudor por un delito, ó serlo por un contrato. 2

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 182, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

Directis non contrariis actionibus.—La diferencia que aquí se hace entre las acciones directas y contrarias, emana del objeto de cada una de ellas. Ni el tutor, ni el depositario, ni el mandatario que son los que están obligados por las acciones directas de tutela, de de depósito y de mandato, pueden ignorar qué es lo que deben restituir, y de que deben dar cuenta; y por el contrario el pupilo, el mandante y el deponente contra quienes competen las acciones contrarias, no pueden saber lo que deben al tutor, al mandatario ó al depositario, antes que estos den cuentas y acrediten un alcance á su favor. Un caso hay, sin embargo, en que la accion contraria de mandato lleva consigo la infamia, á saber: cuando el demandante fuese condenado por no querer restituir al fiador lo que este hubiera pagado por consecuencia de un mandato que le habia determinado á dar la fianza (1).

Et rectè.—La transaccion respecto á las acciones provenientes de un delito no puede disminuir la ignominia que el hecho criminal lleva consigo, á lo que se agrega que el que transige acerca de un delito viene en cierto modo á reconocerse culpable de él.

3 Omnium autèm actionum instituendarum principium ab eâ parte edicti proficiscitur, quâ prætor edicit de in jus vocandô: utiquè enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est ad eum vocandus est, qui jus dicturus sit (*a*). Quâ parte prætor parentibus et patronis, itèm liberis parentibusque patronorum et patronarum hunc præstat honorem, ut non alitèr liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quàm si id ab ipsô prætore postulaverint et impetraverint; et, si quis alitèr vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit (*b*).

El principio del procedimiento en toda clase de acciones está arreglado por el pretor en la parte del edicto que versa acerca de la citacion ante el magistrado, porque préviamente á todo debe ser el contrario llamado ante el que está encargado de la jurisdiccion (*a*). En esta parte del edicto el pretor concede á los ascendientes, á los patronos, y á los ascendientes y descendientes de los patronos y de las patronas, el honor de que no puedan ser citados por los descendientes y libertos, si no hubieren pedido y obtenido la vénia del mismo magistrado; y establece, que si alguno contraviniere á esto, incurra en la pena de cincuenta sólidos (*b*). 3

(1) §. 5, ley 6, tit. II, lib. III del Dig.

ORIGENES.

(a) Conforme con Paulo. (Ley 11, tít. VI, lib. II del Dig.)
(b) Conforme con Cayo. (§. 183, Com. IV de sus Inst.)

Comentario.

En la Introduccion y en el párrafo treinta y ocho del título de acciones queda dicho cuanto es conducente para la inteligencia de este texto.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Las disposiciones del derecho romano, tal como se hallaba en tiempo de Justiniano, respecto á los litigantes temerarios, están sustancialmente aceptadas en nuestras leyes de Partida (1). Los abogados no prestan el juramento en cada pleito, sino que con areglo á los reglamentos juran al ser investidos de sus funciones, y cuando comienzan á ejercerlas.

TITULUS XVII.

De efficio judicis.

TITULO XVII.

Del oficio del juez.

El Emperador Justiniano se propuso en este título dar á los jueces algunas reglas que les sirviesen de guía en el desempeño de su cargo, para completar lo que convenia comprender en unas Instituciones respecto á la administracion de la justicia civil; principios generales, cuyo desenvolvimiento se halla en las Pandectas y en el Código. Como la mayor parte de las doctrinas que aquí se tocan han sido ya objeto de anteriores explicaciones, me limitaré solo á aclarar ligeramente algunas palabras que lo requieran.

Superest, ut de officiô judicis dispiciamus. Et quidèm in primis illud observare debet *judex, ne alitèr judicet*, quàm *legibus*, aut constitutionibus, aut *moribus* proditum est.

Resta tratar del oficio del juez. El primer deber de éste es juzgar con arreglo á las leyes, á las constituciones y á las costumbres.

(1) Ley 23, tít. XI; ley 8, tít. XII, Part. III: y ley 5, tít. VI, Part. VII.

ORÍGENES.

Conforme con Papiniano. (§. 1, ley 40; tít. I, lib. V del Dig.)

Comentario.

Judex.—Lo que aquí se dice del juez, teniendo sin duda en cuenta el sistema formulario, es aplicable en el de los juicios extraordinarios al magistrado que desempeñaba las antiguas funciones del juez.

Nec alitèr judicet.—El primer deber del juez, como advierte este texto, es arreglarse á las leyes, de las que es órgano y no árbitro. No excluye esto que al tiempo de aplicar la ley se acomode á los principios de la recta interpretacion, en virtud de la cual, penetrando en el espíritu del legislador, imbuyéndose en las razones que le guiaron, y procurando entender las cosas del mismo modo que él las entendió, lejos de faltar á la ley la aplica de la manera mas genuina.

Legibus.—Bajo esta denominacion se comprenden no solamente las leyes propiamente dichas, sino tambien los senado-consultos, los plebiscitos, los edictos de los magistrados en la parte que vinieron á formar derecho estricto, y las respuestas de los jurisconsultos que tuvieron fuerza de ley.

Moribus.—Las costumbres, como se ha dicho en otros lugares, cuando están legítimamente introducidas, tienen igual valor que las leyes.

La sentencia que se daba en oposicion á las leyes, constituciones ó costumbres, era nula sin necesidad de apelacion, es decir, que podia despues de ella comenzarse nuevamente el juicio: el juez que de propósito obraba así, incurria en la pena de deportacion.

1 Ideò si noxali judicio addictus est, observare debet, ut, si condemnandus videbitur dominus, ità debeat condemnare: Publium Mævium Lucio Titio *decem aureis condemno*, aut noxam dedere.

Por consiguiente en la accion noxal debia cuidar, si procedia la condenacion, de concebir así la sentencia: condeno á Publio Mevio á que dé diez aureos á Lucio Ticio, ó á que haga abandono noxal. 1

Comentario.

Decem aureis condemno.—La condenacion pecuniaria era la verdadera sentencia, y por lo tanto la accion *judicati* se refereria exclusivamente á ella. El abandono en noxa era un beneficio que concedia la ley, del que podia usar el que habia sido condenado.

2 Et si in rem actum sit, sive contra petitorem judicabit, absolvere debet possessorem, sive contra possessorem, jubere eum debet, ut *rem* ipsam *restituat cum fructibus* (*a*). Sed si *in præsenti neget* se possessor *restituere posse*, et sine frustratione videbitur tempus restituendi causâ petere, indulgendum est ei, ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituisset (*b*). Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire in singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpâ suâ possessor non perceperit, in utrâque actione *eadem ratio pœnè habetur*, si prædo fuerit (*c*). Si verò bonâ fide possessor fuerit, non habetur ratio consumptorum, neque non perceptorum; post inchoatam autem petitionem etiam illorum ratio habetur, qui culpâ possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt (*d*).

Cuando el juez falla contra el demandante en la accion real, debe absolver al poseedor; y si juzga contra este, debe mandar que restituya la cosa demandada con sus frutos (*a*). Mas si el poseedor dice que se ve en la imposibilidad de hacer de presente la entrega, y aparece que sin fraude pide un término para restituir, debe serle concedido el plazo, con tal que dé caucion por la estimacion del pleito si no restituye al tiempo concedido (*b*). Si se trata de la peticion de la herencia, se observa respecto de los frutos lo mismo que hemos dicho sobre la peticion de cosas singulares. Los frutos que el poseedor por culpa suya ha dejado de percibir, se computan en una y otra accion casi como en el caso de que posea con mala fé (*c*). Mas si fuere poseedor de buena fé, no se computan los frutos consumidos, ni los no percibidos; pero se tiene cuenta de los no percibidos por culpa del poseedor, y de los percibidos que han sido consumidos despues de deducida la demanda (*d*). 2

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 17, tít. I, lib. VI del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 4, ley 27 del mismo título y libro.)
(*c*) Conforme con Ulpiano. (§§. 3 y 4; ley 25, tít. III, lib. V del Dig.)
(*d*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 22, tít. XXXIII, lib. III del Cód.)

Comentario.

Rem restituat cum fructibus.—El demandado por accion real, cuando es condenado, debe restituir todo lo que el demandante hubiera obtenido á habérsele restituido la cosa al tiempo de la contestacion á la demanda (1). Respecto á los frutos percibidos antes, conviene tener presente lo que en otro lugar (2) se ha manifestado al hablar de la posesion de buena ó de mala fé.

---

(1) §. 1, ley 17; y ley 20, tít. I, lib. VI del Dig.
(2) Comentario al §. 35, tít. I, lib. II de esta obra.

In præsenti neget restituere posse.—Por regla general la restitucion respecto á las acciones reales debe hacerse inmediatamente; no asi respecto á las personales, en que se conceden para el pago cuatro meses (1), lo que se funda en que no es tan fácil pagar lo que se debe, como el restituir lo ajeno que indebidamente se posee.

Eadem ratio pœnè habetur.—La palabra *pœnè* de que usa este texto manifiesta que no hay una igualdad absoluta entre la reivindicacion y la peticion de la herencia. Muchas diferencias pudieran indicarse entre una y otra accion. Por lo que hace á la restitucion de frutos, que es el aspecto bajo que el texto las compara, obsérvese que en la reivindicacion de cosas singulares el poseedor de buena fé no está obligado á restituir los frutos consumidos (2), y sí en la peticion de la herencia en cuanto se ha hecho mas rico (3); que en la reivindicacion debe restituir el poseedor al demandante que le vence, no solamente los frutos que ha percibido despues de la contestacion á la demanda, sino tambien los que hubiera podido percibir el demandante á ser él el poseedor, lo que no sucede en la peticion de la herencia en que solo debe restituir el demandado los frutos que él hubiera podido percibir (4); que en la peticion de la herencia se reputan pedidos los frutos sin hacer expresa reclamacion de ellos, lo que proviene de que esta accion comprende una universalidad en la cual los frutos se hallan contenidos como parte (5), lo que no sucede en la reivindicacion, en la cual los frutos percibidos antes de la contestacion á la demanda deben ser pedidos expresamente con la cosa principal, porque separados de ella han venido á ser objeto diferente; y por último, que el que es heredero de buena fé de un poseedor que la tuvo mala, no está obligado á la restitucion de frutos percibidos y consumidos de buena fé en la reivindicacion, mas en la peticion de la herencia debe restituirlos en cuanto se haya enriquecido.

3 Si *ad exhibendum* actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quô actum est, sed opus est, ut etiam *causam rei debeat exhibere*, id est ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primùm ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset: ideòque, si inter moras usucapta sit res à possessore,

Si se hubiese entablado la accion *ad exhibendum*, no basta que el demandado exhiba la cosa litigiosa, sino que es necesario además que exhiba la causa, esto es, que procure al demandante todas las ventajas que tendria si la exhibicion de la cosa se hubiera verificado cuando se entabló la demanda: y por lo 3

(1) §. 1, ley 3, tit. LIV, lib. VII del Cód.
(2) §. 2, ley 4, tít. I, lib. X del Dig.
(3) §. 11, ley 25, tit. III, lib. V del Dig.
(4) §. 4 de la misma ley.
(5) §. 3, ley 20; y §. 1, ley 40 del mismo título y libro.

nihilominùs condemnatur. Præterea fructus medii temporis, id est ejus, qui post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, intercessit, rationem habere debet judex (*a*). Quodsi neget is, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti exhibere se posse, et tempus exhibendi causâ petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restiturum (*b*); quodsi neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque posteà exhibiturum se caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, ab initio rem exhibitam esse (*c*).

tanto, si en el intervalo el demandado hubiere completado el tiempo de la usucapion, será condenado sin embargo. Además el juez debe computar los frutos del tiempo intermedio, esto es, del que ha pasado entre la contestacion á la demanda y la cosa juzgada (*a*). Si el demandado dice que se halla en la imposibilidad de hacer inmediatamente la exhibicion y pide término para efectuarla, apareciendo que no obra con fraude, debe concedérsele el término, con tal que dé caucion de que restituirá (*b*). Pero si no obedeciere inmediatamente las órdenes del juez ni diere caucion de exhibir despues, deberá ser condenado, en lo que interese al actor por no haberse exhibido la cosa desde el principio (*c*).

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (§§. 5 y 6, ley 9, tít. IV, lib. X del Dig.)
(*b*) Conforme con Paulo. (§. 5, ley 12 del mismo título y libro.)
(*c*) Conforme con Paulo. (§. 4 de la misma ley, título y libro.)

Comentario.

Ad exhibendum.—La accion *ad exhibendum*, aplicable solo á los bienes muebles, es á veces necesaria para entablar la reivindicacion, porque es esencial que conste la identidad de la cosa reivindicada. La accion arbitraria ha sido ya explicada en otro lugar, como las demás de su clase (1).

Causam rei debeat exhibere.—La obligacion que aquí se impone al demandado que ha sido vencido, de dar á su contrario todas las utilidades que hubiera reportado de la cosa en el caso de que se hubiese hecho la exhibicion inmediatamente despues de la demanda, no es especial á la accion *ad exhibendum*, sino general á todas las acciones arbitrarias y de buena fé: á esto se llama exhibir ó restituir *cum omni causâ*. No sucedia así en las acciones de derecho estricto, en que la *condenacion* debia arreglarse escrupulosamente á la *intencion*, y la *intencion* reproducir fielmente la obligacion que daba origen al pleito.

(1) En el §. 31, tít. VI, lib. IV de estas Inst.

4 Si familiæ erciscundæ judiciô actum sit, singulas res singulis hæredibus adjudicare debet, et si in alterius personâ prægravare videatur adjudicatio, debet hunc invicèm cohæredi certâ pecuniâ (sicut jam dictum est) condemnare (*a*). Eô quoquè nomine cohæredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hæreditarii fundi percepit, aut rem hæreditariam corrupit, aut consumpsit. Quæ quidèm similitèr inter plures quoquè, quàm duos cohæredes, subsequuntur (*b*).

En la accion *familiæ erciscundæ* debe el juez adjudicar cada objeto hereditario á uno de los herederos en particular, y si la adjudicacion hecha á alguno pareciere demasiado considerable, debe (como ya hemos dicho) condenarle á pagar á su coheredero una cantidad determinada (*a*). La misma condenacion tiene lugar contra cada coheredero á favor del otro por los frutos hereditarios que él solo haya percibido, ó por las cosas que hubiere deteriorado ó consumido. Estas reglas se observan tambien en el caso de que haya mas de dos coherederos (*b*). 4

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Juliano. (§. 2, ley 52, tít. II, lib. X del Dig.)
(*b*) Conforme con una constitucion de los Emperadores Diocleciano y Maximiano. (Ley 19, tít. XXXVI, lib. III del Cód.)

5 Eadem interveniunt et, si communi dividundo de pluribus rebus actum fuerit. Quodsi de unâ re, veluti de fundô, si quidèm iste fundus commodè regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet, et, si unius pars prægravare videbitur, is invicèm certâ pecuniâ alteri condemandus est; quodsi commodè dividi non possit, vel homo fortè, aut mulus erit, de quo actum sit, uni totus adjudicandus est, et is invicèm alteri certâ pecuniâ condemnandus.

Lo mismo sucede en la accion *communi dividundo* cuando se trata de la particion de muchas cosas; pero cuando la cosa objeto de la division es una sola, por ejemplo, una heredad, si admite cómoda division, el juez debe adjudicar á cada uno su parte, y si la de alguno fuere mas considerable, deberá este ser condenado á dar al otro cierta cantidad. Mas si la cosa comun no puede dividirse, como sucede con un esclavo ó con un mulo, entonces la adjudicacion debe hacerse solamente á uno, condenándole á dar al otro una cantidad determinada. 5

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (Ley 55, tít. III, lib. X del Dig.)

6 Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio. Quæ sanè unô casu necessaria est, si evidentioribus

En la accion *finium regundorum* debe investigar el juez si es ó no necesaria la adjudicacion; y solo lo es en el caso de que convenga 6

finibus distingui agros commodius sit, quàm olim fuissent distincti (a): nam tunc necesse est, ex alterius agrô partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certâ pecuniâ debent condemnari (b). Eô quoquè nomine damnandus est quisque hoc judiciô, quod fortè circa fines malitiosè aliquid commisit, verbi gratiâ quia lapides finales furatus est, aut arbores finales cecidit. Contumaciæ quoquè nominè quisque eô judiciô condemnatur, veluti si quis, jubente judice, metiri agros passus non fuerit (c).

distinguir los campos con límitas mas claros que los que tenian antes (a), porque entonces es necesario adjudicar parte del campo de uno al dueño del otro campo, y condenar á aquel á quien se adjudica á que dé al otro una cantidad (b). En este juicio debe ser condenado tambien aquel que con dañada intencion cometió algun atentado contra los límites, por ejemplo, hurtando los mojones, ó cortando los árboles que señalan la separacion de los campos. Como contumaz es condenado tambien en el juicio de division de límites, el que á pesar de la órden del juez, se opusiere á que se midieren los campos (c).

ORIGENES.

(a) Conforme con Ulpiano. (§. 1, ley 2, tít. I, lib. X del Dig.)
(b) Tomado de Cayo. (Ley 3 del mismo título y libro.)
(c) Conforme con Paulo. (§§. 3 y 4, ley 4 del mismo título y libro.)

Comentario.

Como en otros lugares de esta obra, y especialmente al comentar el párrafo 20 del título VI de este Libro IV, he hablado de las acciones *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, y explicado hasta dónde se extiende respecto á ellas la autoridad del juez, excusado es que me detenga más acerca de este punto.

7 Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id *statim ejus fit*, cui adjudicatum est.

Lo que se hubiere adjudicado por consecuencia de estas acciones, se hace inmediatamente de la propiedad de aquel á quien se adjudica. 7

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 16, tít. XIX de sus Reglas.)

Comentario.

Statim ejus fit.—Antes de ahora queda expuesto el principio de que la adjudicacion hecha por el juez en los juicios *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* y *finium regundorum*, traspasa la propiedad, sin necesidad de tradicion, á aquel á cuyo favor se hace.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

El principio de que el juez debe arreglarse á las leyes al administrar justica, principio esencial en todos los pueblos, está, como no puede menos, admitido tambien entre nosotros, y restringido por la regla del mismo derecho romano, ya desenvuelta en otro lugar, de que la costumbre legítimamente introducida deroga la ley. Si falta la ley ó es oscura ó insuficiente, no por eso, cuando se trata de negocios civiles, puede el juez abstenerse de decidir el litigio sometido á su exámen; al contrario, imbuyéndose en el espíritu general del derecho, estudiando y comparando las leyes que tengan mas analogía con el caso, investigando los precedentes que la práctica, especialmente la de los tribunales que sin ulterior recurso fallan los pleitos, haya establecido, y por último, acudiendo al depósito inagotable de las doctrinas, y á los principios eternos de justicia y de equidad, debe suplir el silencio, la oscuridad, ó la insuficiencia de la ley.

En las acciones noxales se halla tambien introducida la misma doctrina romana (1), é igualmente en las acciones de particion de herencia, de division de bienes comunes y de apeo (2); y por la práctica en la accion llamada *ad exhibendum.* Respecto á las acciones reales, el poseedor que ha sido condenado debe hacer la restitucion inmediatamente; teniendo facultad el juez, en el caso de que viese que el demandado no puede restituir la cosa desde luego y que no son maliciosas las alegaciones que presenta al efecto, de señalarle un término prudente, con tal que dé fianza de entregar al vencimiento del plazo la cosa ó su estimacion: respecto á las acciones personales tiene diez dias el demandado, en caso de condenacion, para cumplir lo ordenado en la sentencia (3).

TITULUS XVIII.	TITULO XVIII.
De publicis judiciis.	De las acusaciones públicas.

Puede decirse que está concluido el tratado elemental de derecho mandado ordenar por el Emperador Justiniano para dirigir los prime-

(1) Ley 4, tit. XIII, Part. VII.
(2) Leyes 6 y 10, tit. XV, Part. VI.
(3) Ley 5, tit. XXVII, Part. III.

ros pasos de la juventud que entraba á estudiar la difícil ciencia á que habian consagrado sus desvelos tantos jurisconsultos eminentes. En efecto, el derecho civil, ó como decian los romanos, el derecho privado, punto de vista bajo el cual las Instituciones imperiales han llegado á adquirir tal celebridad en todos los pueblos modernos, está ya terminado. El tratado de acusaciones públicas que es objeto de este título, no tiene ni ha tenido nunca la misma importancia, porque el derecho penal de los romanos distaba mucho del estado de perfeccion á que los esfuerzos de los hombres sábios habian elevado el derecho civil, y á pesar de algunos principios que revelan el genio romano en materias legislativas, no pueden servir de modelo en el estado actual de la civilizacion, de las ideas y opiniones de las sociedades modernas. Por esta razon, y considerando que en nuestras escuelas de derecho, atendida la índole de los reglamentos, solo ligeramente se trata de las acusaciones públicas por derecho romano, y teniendo en cuenta por otra parte que seria necesario dar mucha amplitud á este título si hubiera de exponer los procedimientos criminales y el derecho penal en todas sus partes, por breve que quisiera ser en esta exposicion, paréceme oportuno limitarme á la version del texto del Emperador, con algunas ligeras indicaciones: sin que por esto desconozca lo interesante que es, especialmente bajo el punto de vista histórico, el entrar en mas detenidas y profundas investigaciones.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, nec omninò quicquam simile habent ceteris judiciis, de quibus locuti sumus, magnaque diversitas est eorum et in instituendis, et in exercendis.

Los juicios públicos no se organizan por medio de acciones, y nada tienen de semejante con los demás juicios de que hemos hablado: grande es la diferencia que media entre unos y otros, tanto en el modo de entablarlos como en el de seguirlos.

Comentario.

Publica judicia.—La frase *juicio público (publicum judicium)* en tiempos de la república se referia á los casos en que el pueblo juzgaba; bien fuera una accion civil, ó bien una acusacion criminal, el objeto del proceso. Esta denominacion se hizo despues extensiva á los procesos criminales, en los que los jueces de las *cuestiones perpétuas* juzgaban, en lugar ó representacion del pueblo. Las acusaciones criminales que ni eran juzgadas por el pueblo ni por sus representantes, se llamaban *extraordinariæ cognitiones* (1). Cuando en tiempo del imperio ya no habia ni tribunales del pueblo ni cuestiones perpétuas, se esforzaron los

(1) Ley 8, tit. I, lib. XLVIII del Dig.

jurisconsultos en conservar la diferencia entre los juicios públicos y los extraordinarios. Llamáronse entonces *juicios públicos* los que versaban acerca de crímenes que en tiempos antiguos el pueblo ó sus representantes juzgaban en virtud de una ley especial, ó de otros á los cuales se habia hecho extensiva la aplicacion de la ley especial por senado-consultos posteriores ó por la interpretacion de los jurisconsultos, como sucedia con el delito de falsedad (1): la denominacion de *juicios extraordinarios* se referia á los crímenes que se penaban por las constituciones ó por el derecho consuetudinario. A las acusaciones y á los delitos de la primera clase llamaban crímenes *públicos*, *crimina publica*, y tambien *legitima* (2), en reminiscencia de la ley especial antigua que los penaba; y á los demás crímenes y acusaciones *crimina extraordiria*. Cuando olvidándose las tradiciones del tiempo de la república se habian ya borrado de la memoria las antiguas instituciones, sufrió una trasformacion la frase *publicum judicium*, aplicándose á los procesos en que podia acusar cualquiera del pueblo, tomando tambien la expresion *publicum crimen* la significacion de los delitos que podian ser de este modo perseguidos; y por último, llegó la frase *publicum judicium* á aplicarse á toda instancia en que no se tratara puramente de interés privado.

1 Publica autem dicta sunt, quod *cuivis ex populó executio* eorum *plerumquè* datur.	Estos juicios se llaman públicos 1 porque pueden entablarlos casi todos los ciudadanos.

ORIGENES.

Conforme con Ulpiano. (§. 10, ley 43, tít. II, lib. XXII del Dig.)

Comentario.

Cuivis ex populô.—Los pueblos antiguos no conocian la institucion del ministerio público encargado especialmente de perseguir los delitos y á los delicuentes, sino que por el contrario dejaban á los particulares el derecho de reclamar contra los delitos en cuyo castigo estuviera interesada la sociedad, aunque directamente no fuesen ofendidos los acusadores. Sin embargo, para prevenir la facilidad y la mala fé de los que sin motivos suficientes se lanzáran á acusar, establecieron que los que quisieran hacerlo suscribieran ante el pretor ó el procónsul la acusacion, obligándose á seguir el proceso hasta la sentencia (3).

(1) Ley 2, tít. XIII; ley 5, tít. XV, lib. XLVII; y ley 1, tít. I, lib. XLVIII del Dig.
(2) §. 2, ley 5, tít. XX, lib. XLVII del Dig.
(3) §§. inicial y 1, ley 7, tít. II, lib. XLVIII del Dig.

Executio.—Esta palabra quiere decir aquí el derecho de acusar.

Plerumquè.—Habia personas que no eran admitidas á acusar, á no ser los delitos que se habian cometido contra ellos ó sus parientes: en este caso se hallaban las mujeres, los pupilos, los infames de derecho, los pobres, entendiéndose por tales los que no poseian cincuenta áureos, y los que habian sido testigos falsos (1).

2 Publicorum judiciorum quædam *capitalia* sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ *ultimô suppliciô* afficiunt, vel *aquæ et ignis interdictione, vel deportatione*, vel metallô; cetera, *si quam infamiam irrogant* cum damnô pecuniariô, hæc publica quidèm sunt, non tamen capitalia.

Algunos de los juicios públicos son capitales, y otros no capitales. Llámanse capitales aquellos en que se castiga á los criminales con el último suplicio, ó con la interdiccion del agua y del fuego, ó con la deportacion, ó con la condenacion á minas; los demás, si irrogan infamia con pena pecuniaria, son públicos, pero no capitales. 2

ORIGENES.

Tomado de Paulo. (Ley 2, tít. 1, lib. XLIII del Dig.)

Comentario.

Capitalia.—Aunque la palabra *caput* significa en el derecho ya la vida, ya la libertad, ya el derecho de ciudadanía, ya el de familia, ya la estimacion, en este lugar el vocablo *capitalia*, aplicado á los juicios, se refiere solo á aquellos en que se trata de la vida, de la libertad ó de la ciudadanía (2).

Ultimô suppliciô.—Bajo estas palabras se comprende solo la pena de muerte.

Aquæ et ignis interdictione, vel deportatione.—De estas penas se ha hablado ya en otro lugar (3).

Si quam infamiam irrogant.—Arguyen algunos de inexactas estas palabras porque hay acciones privadas que además de la condenacion pecuniaria llevan consigo la infamia, como en otras ocasiones se ha expuesto, y además porque hay condenaciones criminales á que no es inherente la infamia (4). Deben distinguirse en esta cuestion los juicios públicos de los extraordinarios: á los primeros siempre va aneja la infamia; á los otros solo en el caso de que tenga por objeto el castigo de un delito de los que llevaran consigo infamia, en el caso de ser perseguidos por accion privada. Confundidos en tiempo de Justiniano

(1) Leyes 2, 8, 9 y 10, tít. II, lib. XLVIII del Dig.
(2) Ley 2, tít. I, lib. XLVIII; y ley 103, tít. XVI, lib. L del Dig.
(3) Comentario al §. 2, tít. XVI, lib. I de esta obra.
(4) Ley 7, tít. I, lib. XLVIII del Dig.

bajo la denominacion de juicios públicos tanto los que de antiguo lo eran como los extraordinarios, es claro que entre ellos se computaban algunos que no producian la infamia, y que pertenecian por lo tanto á los juicios públicos no capitales.

3 Publica autem judicia sunt hæc. *Lex Julia majestatis*, quæ in eos, *qui contra imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt*, suum vigorem extendit. Cujus pœna *animæ amissionem* sustinet, et *memoria rei et post mortem damnatur.*

Entre los juicios públicos se cuenta la ley Julia acerca del crímen de lesa majestad, la cual castiga á los que maquinan contra el Emperador ó contra la república. Su pena es la de muerte y de condenacion de la memoria del culpable. 3

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, tit. XXIX, lib. V de sus Sent.)

Comentario.

Lex Julia majestatis.—Ciceron atribuye esta ley á Julio César. Segun Paulo (1) era castigado por ella aquel que abandonara al Emperador, ó hubiera intervenido, aunque solo fuese con su auxilio ó consejo, en que se movieran armas contra él ó la república, ó hubiera conducido los ejércitos á emboscadas, ó sin el permiso del Emperador hiciera la guerra, levantara ejércitos, ó los sedujera. El Digesto (2) aumenta extraordinariamente el catálogo de los delitos de lesa majestad, hasta el punto de declarar como tal la fundicion de las estátuas ó imágenes consagradas al príncipe, y otros desacatos semejantes (3): á tal extremo llegaron la crueldad y la tiranía de algunos Emperadores.

Qui contra imperatorem vel rempublicam.—Ulpiano (4) define el crímen de lesa majestad, diciendo que es *el que se comete contra el pueblo romano y contra su seguridad*; pero los Emperadores llegaron á considerarse y declararse como la personificacion del pueblo, y no es extraño que reputaran hechos contra él los delitos y desacatos que se cometian contra sus personas.

Aliquid moliti sunt.—Los romanos no eran tan escrupulosos como los pueblos modernos en separar los diferentes grados de un delito desde su orígen hasta que se lleva á término; así se ve castigada aquí la conspiracion del mismo modo que la consumacion del crí-

(1) §. 1, tit. XXIX, lib. V de sus Sent.
(2) Tit. IV, lib. XLVIII.
(3) Ley 6, tit. IV, lib. XVIII del Dig.
(4) §. 1, ley 1.

men (1). Y no se crea que esto era especial al crímen de lesa majestad; sino á todos los demás delitos. Por esto dice el jurisconsulto Calistrato, refiriendo las palabras de un rescripto del Emperador Adriano: «*in maleficiis voluntas expectatur, non exitus* (2).»

Animæ amissionem.—No era la pena capital la que la ley Julia imponia á los reos de lesa majestad, sino la interdiccion del agua y del fuego. En tiempo de Tiberio, volviendo á lo que se habia establecido antes de la ley Julia, se impuso la pena de muerte; la cual en los que eran de condicion humilde se ejecutaba arrojándolos á las bestias, ó quemándolos vivos (3).

Memoria rei et post mortem damnatur.—En otro lugar (4) he manifestado que en odio del delito de lesa majestad se introdujo que pudiera ser perseguido aun despues de la muerte del culpable, para que ya que no le alcanzara la pena, fuera por lo menos condenada su memoria: agregábase á esto el dar efecto retroactivo á la sentencia, haciéndola remontar á la época en que se habia cometido el delito.

4 Itèm *lex Julia de adulteriis* coercendis, quæ non solùm temeratores alienarum nuptiarum *gladiô punit*, sed etiam eos, qui *cum masculis infandam libidinem* exercere audent. Sed eâdem lege Juliâ etiam *stupri flagitium* punitur, cùm quis sine vi vel virginem vel viduam *honestè viventem* stupravit. Pœnam autem eadem lex irrogat peccatoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum, si humiles, corporis coercitionem cum relegatione.

Del mismo modo la ley Julia contra el adulterio castiga con la pena capital, no solamente á los que manchan el lecho ajeno, sino tambien á aquéllos que se entregan á excesos abominables con los hombres. La misma ley Julia castiga el estupro cometido sin violencia en una virgen ó en una viuda que viva honestamente. La pena que impone á los delincuentes, si son de clase elevada, es la confiscacion de la mitad de los bienes; y si son de condicion humilde, una pena corporal además de la relegacion. 4

Comentario.

Lex Julia.—La ley Julia de adulterios es la misma que prohibia la enajenacion de la heredad dotal sin consentimiento de la mujer: se dió en el imperio de Augusto, y supónese que corresponde al año 736 ó 737 de la fundacion de Roma.

De adulteriis. Por *adulterio* en el derecho romano se entendia la

(1) §. inicial, ley 5, tít. VIII, lib IX del Cód.
(2) Ley 14, tít. VIII, lib. XLVIII del Dig.
(3) §. 1, tít. XXIX, lib. V de las Sent. de Paulo.
(4) §. 5, tít. I, lib. III de esta obra.

violacion del lecho ajeno, porque el adulterio solo podia cometerse con mujer casada (1).

Gladió punit.—No es esta la pena que la ley Julia imponia al adulterio. Paulo dice (2) que la que merecia la mujer convencida de este delito era la pérdida de la mitad de la dote y la de la tercera parte de sus demás bienes, y la que se imponia á su cómplice consistia en igual pérdida de la mitad de los bienes, debiendo además ser ambos relegados á diferentes islas. Constantino fué el que estableció la pena de muerte, limitando al marido y á algunas personas ligadas á él por íntimo parantesco la facultad de acusar á la mujer (3). Justiniano, conservando la misma pena para el hombre, estableció que la mujer fuera rasurada, y encerrada en un monasterio por el resto de su vida (4).

Cum masculis infandam libidinem.—En el Código de Teodosio (5) hay una constitucion de este mismo Emperador, que condena á las llamas á los autores de delito tan vergonzoso; mas Justiniano prefirió una constitucion de los Emperadores Constantino y Constante (6), en que se impone simplemente la pena de muerte á los delincuentes.

Stupri flagitium.—La palabra *estupro (stuprum)* algunas veces toma una significacion mas lata, de modo que tambien comprende el adulterio (7); pero en su sentido estricto se refiere á los demás casos de que habla el texto (8).

Honestè viventem.—Por estas palabras se excluye á las mujeres cuestuarias, con las cuales no se comete estupro (9). Tampoco se considera como estupro el concubinato, permitido por el derecho romano (10).

5 Itèm *lex Cornelia* de sicariis, quæ homicidas *ultore ferró* persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causâ *cum teló ambulant.* Telum autem, ut Caius noster interpretatione legis duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgò quidèm id appellatur, quod

Asímismo la ley Cornelia contra los sicarios persigue con hierro vengador á los homicidas, ó á aquellos que van armados con dardos para matar á alguno. Por la palabra *dardo*, segun dice nuestro Cayo en su interpretacion á la ley de las Doce 5

(1) §. 1, ley 6; y §. 1, ley 34, tít. V, lib. XLVIII del Dig.
(2) §. 14, tít. XXVI, lib. II de sus Sent.
(3) §. 1, ley 30, tít. IX, lib. IX del Cód.
(4) Cap. 10 de la Nov. 134.
(5) Ley 6, tít. VII, lib. IX.
(6) Ley 31, tít. IX, lib. IX del Dig.
(7) §. 1, ley 6, tít. V, lib. XLVIII; y ley 101, tít. XVI, lib. L del Dig.
(8) §. 1, ley 34, tít. V, lib. XLVIII del Dig.
(9) Ley 22, tít. IX, lib. IX del Cód.
(10) §. inicial, ley 34, tít. V, lib. XLVIII del Dig.

ab arcu mittitur, sed et omne significatur, quod manu cujusdam mittitur: sequitur ergo, ut et lapis et lignum et ferrum hoc nomine contineatur. Dictumque ab eô, quod in longinquum mittitur, à Græcâ voce figuratum, ἀπὸ τοῦ τηλοῦ; et hanc significationem invenire possumus et in Græcô nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. Admonet nos Xenophon. Nam ita scribit: καὶ τὰ βέλη ὁμοῦ ἐφέρετο, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖστοι δὲ καὶ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sicâ, quod significat ferreum cultrum.

Tablas, entiéndese comunmente lo que es arrojado con arco: mas tambien significa todo lo que se arroja con la mano: de aquí se infiere que se comprenden bajo esta denominacion una piedra, madera ó hierro, porque trae su etimología de que se arroja á lo lejos, por derivacion de la palabra griega ἀπὸ τοῦ τηλοῦ; y esta significacion se encuentra tambien en la expresion griega, porque á lo que nosotros llamamos *telum* ellos denominan βέλος. de la palabra ἀπὸ τοῦ βάλλεσθα Esto es lo que nos enseña Jenofonte cuando dice; «trajéronse proyectiles, lanzas, flechas, hondas y una gran cantidad de piedras.» Los sicarios se llaman así de *sica*, que quiere decir puñal.

ORIGENES.

Tomado de Cayo. (§. 2, ley 233, tit. XVI, lib. I del Dig.)

Comentario.

Lex Cornelia.—Esta ley se denominó así por haber sido adoptada durante la dictadura de Cornelio Sila en el año 672 ó 673 de la fundacion de Roma.

Ultore ferrô. — No era la pena de muerte la que en su origen imponia la ley Cornelia, sino la de deportacion: á esta reemplazó la capital, que se aplicaba á las personas de condicion humilde en tiempo del jurisconsulto Paulo crucificándolos, ó arrojándolos á las bestias (1).

Cum telô ambulant.—Equipárase aquí de nuevo la tentativa de un delito con su consumacion; pero era necesario para que hubiese lugar á semejante rigor, que el intento de matar fuera claro, y que la consumacion del delito no se verificara por causas independientes de la voluntad del que delinquía: por el contrario, la muerte de un hombre hecha sin intencion no constituia como homicida al que la perpetraba (2).

(1) §. 1, tit. XXIII, lib. V de las Sent. de Paulo.
(2) §. 3 del mismo título y libro.

Eadem lege et *venefici* capite damnantur, qui artibus odiosis, tâm venenis, vel *susurris magicis* homines occiderunt, vel *mala medicamenta* publicè vendiderunt.

Por la misma ley se castiga tambien con pena capital á los envenenadores que con artificios ó con encautos mágicos hubiesen dado la muerte á un hombre, ó vendido públicamente medicamentos perjudiciales.

ORIGENES.

Conforme con Marciano. (§§. inicial y 1, ley 3, tít. VII, lib. XLVIII del Dig.)

Comentario.

Venefici.—El Emperador Antonino dice que es mas delito matar á un hombre con veneno, que con armas (1). La alevosía, la mayor alarma, la facilidad de ocultar el crímen, y el abuso de confianza que suele suponer el envenenamiento, son razones poderosas que vienen á dar fuerza á esta máxima; sin embargo, se ve que en cuanto á pena el derecho romano no hace distincion.

Susurris magicis.—Comun ha sido en todos tiempos abusar de la credulidad para cometer delitos á su sombra.

Mala medicamenta.—Estas palabras se refieren, segun de los antecedentes se deduce, á las drogas vendidas para matar á alguno envenenándolo.

6 Alia deinde lex asperrimum crimen novâ pœnâ persequitur, quæ *Pompeia de parricidiis* vocatur. Quâ cavetur, ut, si quis *parentis, aut filii*, aut omninò affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clàm sive palàm id ausus fuerit, nec non is, cujus doló malô id factum est, vel conscius criminis existit, licèt extraneus sit, pœnâ parricidii punietur (a), et neque gladiô, *neque ignibus*, neque ullâ aliâ solemni pœnâ subjicietur, sed *insutus culeô* cum cane et gallô gallinaceô et viperâ et simiâ, et inter ejus ferales angustias comprehensus, secundùm quod regionis qualitas tulerit, vel in vicinum mare, vel in amnem projicietur, ut omni ele-

Otra ley, la Pompeya contra los parricidas, castiga el mas horrible de todos los crímenes con un suplicio especial. Previénese en ella, que si alguno apresurase la muerte de su ascendiente, de su hijo, ó de otra persona de su parentela cuyo homicidio esté comprendido bajo la denominacion de parricidio, bien cometa este delito secreta ó públicamente, del mismo modo que el instigador y el cómplice del crímen aunque sea extraño á la familia, sufra la pena del parricida (a). No consiste esta en recibir la muerte por la espada, por el fuego, ni por ninguna otra pena ordinaria, sino en que cosido dentro de un saco de cuero con un perro, un gallo, una 6

(1) Ley 1, tít. XVIII, lib. IX del Cód.

mentorum usu vivus carere incipiat, ut ei cœlum superstiti, terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate conjunctas personas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit (*b*).

víbora y una mona, y encerrado en esa prision y en medio de tantos tormentos, sea arrojado al mar ó á un rio vecino, segun lo permitan la naturaleza de los lugares, para que así, aun en vida, empiece á carecer del uso de todos los elementos, de modo que no pueda ver el cielo, y que se niegue la tierra á su cadáver. Mas el que matare á alguna otra persona unida con él por los lazos del parentesco ó de la afinidad, sufrirá la pena que impone la ley Cornelia á los sicarios.

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Paulo. (Tít. XXIV, lib. IV de sus Sent.)
(*b*) Conforme con Modestino. (§§. inic. y 1, ley 9, tít. IX, lib. XLVIII del Dig.)

Comentario.

Pompeia de parricidiis.—Esta ley se dió en el año 701 de la fundacion de Roma, siendo cónsul Cneo Pompeyo; de donde proviene su denominacion.

Parentis, aut filii.—La ley Pompeya castigaba no solo la muerte de los ascendientes, sino la de los colaterales dentro del cuarto grado, la del cónyuge, la de los afines que en la línea directa ocupaban el primer grado, la del patrono y de la patrona, y la de los descendientes cuando el crimen se habia cometido por la madre ó por los abuelos; pero no si lo habia sido por el padre (1), reminiscencia sin duda de la antigua patria potestad.

Neque ignibus.—Paulo dice (2) que en su tiempo los parricidas eran quemados vivos, ó arrojados á las bestias.

Insutus culeó.—El suplicio horrible descrito en el texto se derivaba de las leyes de las Doce Tablas, que lo señalaron para diferentes crímenes: reservado despues al parricidio, dejó de estar en uso, si bien lo restableció el Emperador Constantino, previniendo además que fuera extensivo al homicidio que el padre cometia en su hijo. A imponer al parricida tan terrible pena, á la que debia preceder la de ser azotado con varas hasta que saltase la sangre (3), movió sin duda á los romanos, como dice Quintiliano, el negar al parricida vivo la luz, al parricida

(1) Leyes 1, 3 y 4, tít. IX, lib. XLVIII del Dig.
(2) Tít. XXIV, lib. V de sus Sent.
(3) §. inicial, ley 9, tít. IX, lib. XLVIII del Dig.

fluctuante el mar, al parricida náufrago el puerto, al parricida moribundo la tierra, y al parricida difunto la sepultura.

7 Itèm *lex Cornelia* de falsis, *quæ etiam testamentaria vocatur*, pœnam irrogat ei, qui testamentum vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subjecerit, quive signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit sciens dolô malô. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est (quod et in lege de sicariis et veneficis servatur), *in liberos* verò *deportatio*.

La ley Cornelia contra los falsarios, que tambien se denomina testamentaria, castiga al que á sabiendas y con dolo hubiere escrito, sellado ó leido un testamento falso, ú otro cualquier instrumento igualmente falso, y al que hubiere hecho, grabado ó puesto un sello falso. La pena que impone esta ley á los esclavos es el último suplicio (como lo hace tambien la ley contra los sicarios y envenenadores), y á los hombres libres la deportacion. 7

ORIGENES.

Conforme con Paulo. (§. 1, tít. XXV, lib. V de sus Sent.)

Comentario.

Lex Cornelia.—Esta ley corresponde á la dictadura de Cornelio Sila, y al año 673 de la fundacion de Roma.

Quæ etiam testamentaria vocatur.—Dábase el nombre de *testamentaria* á esta ley, porque castigaba las falsificaciones cometidas en los testamentos; hízose despues extensiva, como dice el texto, á los demás instrumentos, y especialmente á los codicilos, en virtud del senado-consulto Liboniano, dado en tiempo de Tiberio ó de Claudio. Llamóse tambien esta ley *nummaria*, porque castigaba el crímen de la falsificacion de moneda (1).

In liberos deportatio.—Paulo (2) dice que las personas de posicion elevada eran deportadas, y las de condicion humilde condenadas á minas, ó crucificadas.

8 Itèm *lex Julia de vi publicâ seu privatâ* adversùs eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidèm armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Juliâ de vi publicâ irrogatur; si verò sine armis, in tertiam partem bono-

La ley Julia acerca de la violencia pública ó privada castiga á aquellos que con armas ó sin ellas hacen violencia. Si la violencia es con armas, se impone á los perpetradores la pena de deportacion, en virtud de la ley Julia acerca de la violencia pú- 8

(1) §§. inicial, 1 y 2, ley 9, tít. X, lib. XLVIII del Dig.; y §. 1, tít. XXV, lib. V de las Sentencias de Paulo.

(2) §. 1, tít. XXV, lib. V de sus Sent.

rum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel aliæ fuerit perpetratus, tunc et peccatores, et ei, qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundùm nostræ constitutionis definitionem, ex quâ hæc apertiùs possibile est scire.

blica; y si es sin armas, incurren en la confiscacion de la tercera parte de sus bienes. Pero si con violencia se hubiera cometido el rapto de una mujer vírgen, ó de una viuda, ó de una religiosa, ó de otra mujer, entonces los delincuentes y los que los auxiliaron serán castigados con la pena de muerte, al tenor de una constitucion nuestra, en la que podrán encontrarse mas pormenores acerca de este punto.

ORIGENES.

La constitucion á que alude la última parte del texto es la ley única, tít. XIII, lib. IX del Cód.

Comentario.

Lex Julia de vi publicâ seu privatâ.—Ignórase si esta ley se dió en tiempo de César ó de Augusto, y si eran dos leyes, una que hablaba de la violencia pública, y otra de la privada, ó era una sola que comprendia las dos clases de violencia. Sea de esto lo que quiera, antes de la ley ó de las leyes Julias, se habian dado ya para reprimir la violencia la ley Plocia y otra propuesta por Pompeyo. Constantino, en lugar de la pena de deportacion, estableció la de muerte; pero Justiniano volvió á restablecer la pena antigua, y castigó los raptos de mujeres del modo que en el texto se expresa.

9 *Lex Julia peculatûs* eos punit, qui pecuniam vel rem publicam, vel sacram, vel religiosam furati fuerint (*a*). Sed si quidèm *ipsi judices*, tempore administrationis publicas pecunias substraxerunt, capitali animadversione puniuntur, et non solum hi, sed etiam, *qui ministerium eis ad hoc exhibuerint*, *vel qui substractas* ab his scientes *susceperint*. Alii verò qui in hanc legem inciderint pœnæ deportationis subjungentur (*b*).

La ley Julia contra el peculado castiga á los que hurtan dinero ó cosas públicas, sagradas ó religiosas (*a*). Si son los magistrados los que han hecho la sustraccion de caudales públicos durante el ejercicio de sus funciones, sufren pena de muerte, del mismo modo que sus cómplices y sus encubridores á sabiendas. Todos los demás que incurrieren en esta ley, quedan sujetos á la pena de deportacion. 9

ORIGENES.

(*a*) Conforme con Ulpiano. (Ley 1, tít. XIII, lib. XLVIII del Dig.)
(*b*) Conforme la última parte del texto con Ulpiano. (Ley 3 del mismo título y libro.)

Comentario.

Lex Julia peculatûs.—Esta ley, de que tampoco se sabe si se dió en tiempo de Julio César ó de Augusto, es llamada en el Digesto (1) *lex Julia peculatûs, et de sacrilegiis et de residuis.*

Ipsi judices.—La pena capital impuesta á los magistrados que así abusaban de sus funciones, fué introducida por Teodosio.

Qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui substractas susceperint.—Los cómplices y los encubridores son aquí igualados en cuanto la pena á los autores del delito, á pesar de su diferente grado de criminalidad.

10 Est et inter publica judicia *lex Fabia de plagiariis*, quæ interdùm *capitis pœnam* et sacris constitutionibus irrogat, interdùm leviorem.

Entre los juicios públicos debe contarse la ley Fabia contra los plagiarios, que impone en ciertos casos la pena capital con arreglo á las constituciones imperiales, y en otros una pena mas leve. 10

ORIGENES.

Conforme con Paulo (§. 1, tít. XXX, lib. V de sus Sent.)

Comentario.

Lex Fabia.—No se sabe la época de la ley Fabia ó Favia, ni tampoco el nombre del que la propuso.

De plagiariis.—Llámase *plagio* el crímen del que con mala fé oculta, da, vende, compra, pone ó retiene en prisiones á un ciudadano romano ingénuo ó libertino, ó al esclavo ajeno (2).

Capitis pœnam.—La pena que imponia esta ley era pecuniaria. Paulo (3) dice, que en su tiempo, á los plagiarios si eran personas de condicion humilde se castigaba con la pena de minas, ó se los crucificaba; y si eran de posicion mas elevada sufrian relegacion perpétua, y perdian la mitad de sus bienes.

11 Sunt prætereà publica judicia *lex Julia ambitûs*, et *lex Julia repetundarum*, et *lex Julia de annonâ*, et *lex Julia de residuis*, quæ de certis capitulis loquuntur, et animæ quidèm amissionem non irrogant, aliis autem pœnis eos sub-

Enuméranse tambien entre los juicios públicos la ley Julia contra el soborno, la ley Julia contra la concusion, la ley Julia acerca de las subsistencias, y la ley Julia sobre las retenciones de cuentas, las cuales leyes se refieren á ciertos he- 11

(1) Tit. XIII. lib. XLVIII

(2) §. 1, tit. XXX, lib. V de las Sent. de Paulo.

(3) Dicho §. 1.

jiciunt, qui præcepta earum neglexerint.

chos, y no imponen la pena de muerte, pero sí otras á los que las infringen.

Comentario.

Lex Julia ambitûs.—Esta ley (1) corresponde al imperio de Augusto y al año 746 de la fundacion de Roma. Se llama *ambitus* el crímen de los que emplean medios ilícitos para ganar votos, con el fin de obtener funciones públicas: crímen que se trató de reprimir por otras leyes anteriores á la aqui mencionada. A pesar de haberse hecho menos frecuente este delito desde que las magistraturas dependieron del nombramiento imperial, la ley fué de utilidad en los Municipios (2).

Lex Julia repetundarum.—Dió esta ley Julio César en el año 695 de la fundacion de Roma, contra el funcionario público que por dádivas se dejaba corromper para cumplir ó no cumplir sus deberes (3). La pena con que se castigaba á los delincuentes era extraordinaria con arreglo á la calidad y á las circunstancias del delito, siendo ya la del cuádruplo (4), ya la de destierro, ya la de muerte (5).

Lex Julia de annonâ.—Incierto es si debe atribuirse esta ley á Julio César ó á Augusto. Bajo la palabra *annonâ* compréndese toda clase de subsistencias. Con la pena de veinte áureos son castigados los manejos y las coaliciones de los que se proponen impedir las llegadas de las subsistencias, ó hacer alzar sus precios (6).

Lex Julia de residuis.—La misma duda ocurre respecto del orígen de esta ley que del de la anterior. Por ella se castiga á los que indebidamente retienen caudales públicos, ó los convierten en uso propio, ó no los emplean en aquel para que se los dieron (7). El condenado por esta ley debe ser castigado con la tercera parte mas de la cantidad que retiene (8).

13 Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summô digitô et quasi per indicem ea tetigisse. Alioquin diligentior eorum scientia vobis ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deô propitiô, adventura est.

Hemos expuesto lo que procede acerca de los juicios públicos, para daros solamente una ligera idea de ellos. En los libros mas extensos del Digesto y las Pandectas podreis con ayuda de Dios adquirir mayores y mas profundos conocimientos. 13

(1) Tít. XVI, lib. XLVIII del Dig.
(2) §§ inicial y 1, ley única del mismo título y libro.
(3) Tít. XI, lib. XLVIII del Dig.
(4) Leyes 1 y 6. tít. XXVII, lib. IX del Cód.
(5) §. 1, ley 3, tít. XX, lib. XLVIII del Dig.
(6) Ley 2, tít. XII del mismo libro.
(7) Ley 2; y §§. 3 y 4, ley 4, tít. XIII del mismo libro.
(8) §. 5, ley 4 del mismo título y libro.

Comparacion de las doctrinas de este título con las del derecho español.

Imposible es enumerar aquí las diferencias que separan nuestro derecho penal del de los romanos, siguiendo el método adoptado en el resto de la obra. El derecho penal, que es sin duda la parte de la legislacion mas progresiva y variable, no reconoce en nuestros dias como base al derecho romano, como lo reconoce el civil; muy al contrario, los adelantos de la civilizacion, la suavidad de las costumbres, las diversas necesidades de las sociedades modernas y las ideas dominantes, han sustituido á los antiguos principios otros mas en armonía con la época en que vivimos; ha cesado la crueldad de las antiguas penas; se han distinguido los diferentes grados de culpabilidad, desde que el hombre medita un delito hasta que lo consuma; no se confunde á los autores con los cómplices y con los encubridores; se ha aumentado el catálogo de los hechos punibles y el de las penas; se ha tomado la fijeza como base de la ley, y el arbitrio prudente del juez como su complemento; no se ha abandonado al interés privado la persecucion de los delitos, si bien tampoco se ha negado al que ha sido víctima del crimen pedir la reparacion civil y la criminal de su agravio; en una palabra, es tan diferente bajo todos aspectos nuestro derecho penal moderno del de los romanos, que seria necesario un trabajo voluminoso que no cabe en los límites de esta obra.

Institutionum compositarum per Tribonianum, virum magnificum, magistrum et exquæstorem sacri palatii, et Theophilum et Dorotheum, viros ilustres, antecessores, explicit liber quartus.

Concluye el libro cuarto de las Instituciones compuestas por Triboniano, varon magnífico, jefe y excuestor del palacio imperial, y por Teófilo y Doroteo, varones ilustres y profesores de derecho.

FIN.

INDICE DEL TOMO SEGUNDO.

LIBRO TERCERO.

LIBRO CUARTO.